

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

68-18-CA

MARISSA SHEPHARD

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Shephard v. R., 2019 NBCA 76

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:

May 8, 2018 (conviction)

History of Case:

Decision under appeal:

Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

N/A

Appeal heard:

June 19 and August 14, 2019

Judgment rendered:

October 24, 2019

Counsel at hearing:

For the appellant:

Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:

Kathryn Gregory, Q.C.

MARISSA SHEPHARD

APPELANTE

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Shephard c. R., 2019 NBCA 76

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Larlee

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :

le 8 mai 2018 (déclaration de culpabilité)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :

inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

s.o.

Appel entendu :

le 19 juin et le 14 août 2019

Jugement rendu :

le 24 octobre 2019

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :

Margaret Gallagher, c.r.

Pour l'intimée :

Kathryn Gregory, c.r.

THE COURT

The trial judge committed various errors of law in his charge to the jury and in allowing the jury to hear and consider inadmissible and highly prejudicial evidence. He likewise erred in law in failing to appropriately deal with Crown counsel's improper submission to the jury that Ms. Shephard had "in her own words [on direct examination] included herself in the killing of Baylee Wylie". This error, by itself, commands reversal because it denied Ms. Shephard's right to a fair trial, a wrong that can only be remedied by setting aside the convictions for first degree murder and arson, and ordering a new trial.

LA COUR

Le juge du procès a commis diverses erreurs de droit en donnant ses directives au jury et en permettant au jury d'entendre une preuve inadmissible et hautement préjudiciable et d'en tenir compte dans ses délibérations. Il a commis une erreur de droit aussi en négligeant de traiter comme il se devait de le faire une observation inappropriée faite au jury par la substitut du procureur général selon laquelle M^{me} Shephard [TRADUCTION] « en ses propres mots [en interrogatoire principal] [s'était] incluse comme participante au meurtre de Baylee Wylie ». Cette erreur, à elle seule, nous oblige à intervenir car elle a eu pour effet de nier le droit de M^{me} Shephard à un procès équitable, atteinte à laquelle il ne peut être remédié qu'en annulant les déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et incendie criminel et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction and Overview

[1] In mid-December 2015, Tyler Noel, Devin Morningstar, Baylee Wylie and the appellant, Marissa Shephard, gathered at her home for some drug-fueled excitement. Unfortunately, as is often the case with the consumption of hard drugs, evil was at the rendezvous in search of lives to ruin. In time, friendly interaction ceded the stage to paranoia, violence, cruelty and, ultimately, murder and arson. In the months that followed, Mr. Noel, Mr. Morningstar and Ms. Shephard were charged with the first degree murder of Baylee Wylie and setting fire to the premises with disregard for human life.

[2] Mr. Noel pled guilty to second degree murder and arson, and was sentenced for the murder to life imprisonment, with no possibility of parole for 16 years. Mr. Morningstar pled not guilty, but was found guilty by a jury of first degree murder and arson. He was sentenced for the murder to life imprisonment with no possibility of parole for 25 years. There is evidence each had a motive to kill Baylee Wylie.

[3] Following Ms. Shephard's plea of not guilty, she was tried, found guilty and convicted on both charges by a court composed of a judge and jury. For the murder, she was sentenced, as required by law, to life imprisonment with no possibility of parole for 25 years. Baylee Wylie was 18 when he died; Marissa Shephard was 20.

[4] As is well known, mere presence at the scene does not suffice to establish criminal liability. Nor does failure to provide assistance to the victim of an assault, no matter how serious it might be. The issue at trial was not whether Ms. Shephard was a good person, but whether she participated in the murder of Baylee Wylie and the arson. The pool of incriminating physical, forensic and circumstantial evidence is somewhat

shallow and, in our view, it is debatable whether the prosecution would have succeeded in resisting a non-suit motion at the close of its case but for Mr. Morningstar's out-of-court account of the events surrounding the offences charged in the Indictment.

[5] That account was provided through two "formal" statements to the police, the first shortly after Mr. Morningstar's arrest on December 20, 2015, and the second on December 22, 2015, the latter under oath and commonly identified by the parties as the *KGB* statement (so named after *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, [1993] S.C.J. No. 22 (QL)). Both statements were audiotaped and videotaped. In each statement, Mr. Morningstar identified Mr. Noel as the main aggressor and the one who struck the final deadly blows, but he also acknowledged participating episodically, albeit under pressure, in the assault on Baylee Wylie, which extended over several hours. More pertinently for our present purposes, parts of the formal statements implicate Ms. Shephard in the offences; they also contain inadmissible and highly prejudicial evidence with little, if any, probative value.

[6] Mr. Morningstar refused to testify at Ms. Shephard's trial. Following a *voir dire*, the judge applied the framework adopted by the majority in *R. v. Bradshaw*, 2017 SCC 35, [2017] 1 S.C.R. 865, and found the prosecution had established the prerequisites for admissibility of his formal statements for the truth of their contents. However, he determined those conditions precedent had not been met for the statements Mr. Morningstar made, while in custody, in a conversation with an undercover police officer posing as a detainee awaiting appearance in court to answer criminal charges. The judge admitted that conversation in evidence solely for use by the defence in highlighting inconsistencies with the formal statements, a component of its case against their reliability.

[7] Ms. Shephard did not testify in the *voir dire*, but she did before the jury, conceding on direct examination she was present, but too afraid to intervene, for some of the assaults on Baylee Wylie, and when he was killed. She denied having any reason to harm Baylee Wylie, someone she had known since childhood and for whom she had

affection. She disputed each and every allegation in Mr. Morningstar's formal statements attributing to her acts and remarks in furtherance of the offences. Crown counsel abstained from cross-examining Ms. Shephard on most features of her testimony, including three topics she referenced in her closing address to impugn Ms. Shephard's credibility.

[8] Numerous items of physical and documentary evidence were placed before the jury for its consideration, including expert reports and lengthy transcripts of Mr. Morningstar's formal statements. It also heard evidence over the better part of two weeks, including: (1) expert testimony on a wide range of subjects (DNA, blood spatter, the extent and number of the wounds to Baylee Wylie and the cause of his death); (2) Mr. Morningstar's formal statements (6 hours on CDs); and (3) Ms. Shephard's testimony, which took up more than a full day of court time. The jury also heard the addresses of counsel and the judge's comprehensive and lengthy charge, which ended late in the evening of May 7, 2018.

[9] The jury deliberated the next morning and returned after lunch with a verdict of guilty as charged.

[10] Some of the evidence tendered by the parties, mostly by Crown counsel, was inadmissible because its prejudicial impact on trial fairness vastly exceeded any potential probative value. Moreover, in her closing address, Crown counsel invited the jury to convict on the basis that Ms. Shephard had, in her direct examination, "included herself in the killing of Baylee Wylie". That potentially outcome-sealing submission was contextually unjustified and very unfair. Yet, it eluded both defence counsel and the judge, and neither dealt with it, on the spot or later. Clearly, defence counsel's silence cannot be justified on "tactical" or "strategic" grounds: the Ostrich approach to problematic issues has no place in litigation.

[11] As will be seen and explained, the trial judge committed errors of law in his charge and in allowing the jury to hear and consider inadmissible and prejudicial

evidence. Likewise, he committed an error of law in failing to appropriately deal with Crown counsel's improper submission to the jury that Ms. Shephard "in her own words, included herself in the killing of Baylee Wylie". This error, by itself, warrants reversal.

II. The Issues on Appeal

[12] In her Notice of Appeal, Ms. Shephard seeks a new trial, alleging the trial judge erred in law: (1) by misapplying *Bradshaw* in finding Mr. Morningstar's formal statements qualified under the principled exception to the rule against the admissibility of hearsay evidence; and (2) in failing to properly direct the jury regarding the absence of any cross-examination of Mr. Morningstar and the effect under the rule in *Browne v. Dunn*, [1893] J.C.J. No. 5 (H.L. Eng.) (QL), of Crown counsel's failure to cross-examine on subjects she invoked in her closing address to challenge Ms. Shephard's credibility.

[13] At the hearing in June 2019, the Court indicated to counsel for the Attorney General that it did not need to hear from her regarding the second ground of appeal. The Court subsequently reconsidered its approach and issued a Memo to Counsel, seeking additional input on that ground and with respect to concerns pertaining to trial fairness that had percolated during the hearing. The parties filed supplementary submissions and the hearing resumed on August 14, 2019, at which time both sides confirmed compliance with the debate-defining guidelines articulated in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, and joined in a fulsome and vigorous debate over all live issues, particularly those linked to trial fairness.

[14] Those issues, which were fully fleshed out in the supplementary written and oral submissions, arise from: (1) the judge's instruction to the jury equating Mr. Morningstar's formal statements with sworn or solemnly affirmed testimony rendered at trial; (2) his instruction to the jury that it could consider the in-jail conversation between the undercover officer and Mr. Morningstar to determine what, if any, weight, credibility and reliance Mr. Morningstar's formal statements deserved; (3) Crown counsel's submission to the jury, which neither the judge nor defence counsel seem to have

grasped, that Ms. Shephard admitted to participating in the murder during her direct examination, an “admission” Crown counsel did not give Ms. Shephard an opportunity to address on cross-examination; and (4) the jury hearing inadmissible prejudicial evidence regarding Ms. Shephard’s bad character, her violent mindset and her propensity to engage in violent acts, and the likelihood she would lie about her involvement. We note parenthetically that, unlike Rule 62 of the *Rules of Court* (“Civil Appeals to the Court of Appeal”), Rule 63, which applies to criminal appeals like the present one, does not necessarily foreclose reliance on grounds that are not pleaded in the Notice of Appeal. This more liberal and forgiving approach is easily justified, having regard to the liberty interest at stake in criminal appeals.

[15] Be that as it may, while the Attorney General concedes errors were made at trial, she contends they were harmless. Additionally, she submits there is no merit to Ms. Shephard’s pleaded grounds of appeal and the concerns expressed in the Memo to Counsel do not reveal a breach of Ms. Shephard’s *Charter* right to a fair trial. As noted, we respectfully disagree. That said, we hasten to point out neither appellate counsel acted as counsel at trial. Accordingly, none of the Court’s critical comments regarding the conduct of the trial is directed at them. In fact, their contribution to the discussion on appeal has greatly enhanced our understanding of the important issues.

III. Context

[16] We begin this Part with a caution: we make no findings of fact for criminal liability purposes, a task properly left to the trier of fact in a new trial. In these reasons, we seek only to provide a general context to facilitate an understanding of Mr. Morningstar’s statements, Ms. Shephard’s evidence, the charge and addresses to the jury, and our legal conclusions. One last preliminary observation: this case presented difficult challenges for the trial judge and, too often, he had to wrestle with those challenges without the benefit of appropriate assistance from counsel; blame for the outcome on appeal must be shared by the solicitors of record in the court below.

[17] At the time of the offences set out in the Indictment, Ms. Shephard was renting the middle unit in a triplex. Her unit had two floors above ground and a basement. The bedrooms were on the top floor, and the kitchen and living room were on the ground floor. The civic address for her unit was 96 Sumac Street, Moncton, N.B.

[18] Ms. Shephard has a young son. He was at 96 Sumac until Ms. Shephard's mother picked him up on December 16, 2015, sometime before the assault on Baylee Wylie began.

[19] Ms. Shephard was a sex worker. So was Baylee Wylie. Both were users of hard drugs, and there is evidence she was an addict. We pause to underscore an indisputable principle of law: Ms. Shephard's chosen line of work and lifestyle did not disentitle her to a fair trial. Nor did Baylee Wylie's decision to join the sex trade and choice of lifestyle justify, in any way, his violent mistreatment, torture and killing.

[20] Mr. Noel was in the business of drug trafficking, and he brought to 96 Sumac significant quantities of hard drugs. He also brought a .22 caliber rifle. There is evidence it was not loaded and that Mr. Noel did not carry ammunition. While the rifle is mentioned in Mr. Morningstar's formal statements and may have been used to strike Baylee Wylie, he did not sustain any gunshot wounds.

[21] Ms. Shephard had met Mr. Noel several years earlier. She made the acquaintance of Mr. Morningstar only a few days before the murder of Baylee Wylie.

[22] While at 96 Sumac, Baylee Wylie, Ms. Shephard, Mr. Noel and Mr. Morningstar consumed large quantities of various hard drugs. This significant drug intake may explain, among other things, the difficulty Mr. Morningstar appears to have encountered in providing details of what happened at 96 Sumac before, during and after Baylee Wylie's murder.

[23] Ms. Shephard testified that, on December 16, 2015, Baylee Wylie showed her photos on his Blackberry of Mr. Noel and himself engaged in oral sex, which she deleted for fear that Mr. Noel might get violent if he saw them. Ms. Shephard testified Baylee Wylie subsequently got “sassy”, reminding Mr. Morningstar they had previously engaged in sex and repeatedly teasing Mr. Noel with their sexual interaction the night before. According to Ms. Shephard, these suggestions infuriated both Mr. Noel and Mr. Morningstar and triggered a furious attack, mostly with fists, on Baylee Wylie. Ms. Shephard testified the assault, which took place in her bedroom, finally ceased when Baylee Wylie began bleeding from a cut to the forehead caused by a “bong” she had thrown from a distance in frustration with Messrs. Noel and Morningstar’s disregard of her protests. A bong is a device used to consume drugs.

[24] Ms. Shephard testified she left 96 Sumac twice during the evening of December 16, 2015, to have sex with paying customers, leaving Baylee Wylie and Messrs. Noel and Morningstar behind. When she returned from the first outing, they seemed to be getting along. However, when she came back from the second outing, the situation had dramatically changed; Baylee Wylie was badly injured. Ms. Shephard panicked, and ran upstairs to her bedroom where she stayed throughout the final stages of the relentless assault on Baylee Wylie. By the time she went downstairs, he was dead.

[25] There is evidence Baylee Wylie was assaulted in Ms. Shephard’s bedroom, on the ground floor and in the basement. He was punched, choked, kicked and struck with, among other weapons, a curtain rod and a bong. He was stabbed more than 100 times with a knife or knives, and a broken mirror piece. We pause to note none of the physical and forensic evidence linked Ms. Shephard to the commission of the crimes. Specifically, Ms. Shephard’s fingerprints and DNA were not on any of the weapons. In fact, her DNA was located in only one place: the back porch area on the ground floor of 96 Sumac where Ms. Shephard testified she stepped on some broken glass and cut her foot.

[26] The stabbings began and continued for quite some time in the basement. Despite the resulting severe injuries, Baylee Wylie managed to climb to the living room and may have tried to leave through the back door before collapsing on a couch where he was stabbed repeatedly by an apparently frenzied Mr. Noel. He died shortly before 4:00 a.m. on December 17, 2015.

[27] Soon after, Ms. Shephard's unit, and a box spring that had been placed over Baylee Wylie's body, were set on fire, and the unit was vacated. Ms. Shephard, Mr. Noel and Mr. Morningstar were picked up, at around 4:00 a.m., by the latter's friend, Claude LeBlanc, and driven to Mr. Morningstar's residence.

[28] While there, Mr. Noel observed Mr. Morningstar in private conversation with Bailey Fillmore, and he became concerned the events at 96 Sumac had been discussed with her. Mr. Noel informed Ms. Shephard he was giving serious consideration to killing both Mr. Morningstar and Bailey Fillmore to prevent them from sharing with others what happened at 96 Sumac. In her direct examination, Ms. Shephard stated she argued against Mr. Noel's murderous plan because she "did not want anyone else to die". She recalled saying to Mr. Noel "no, like we're not killing anybody else, Tyler" after he told her "you're gonna have to help me now".

[29] Ms. Shephard testified she left Mr. Morningstar's residence in the company of Mr. Noel, Mr. Morningstar and Bailey Fillmore. The four were later videotaped in a convenience store interacting in an apparently friendly fashion. Ms. Shephard subsequently paired up with Mr. Noel and accompanied him to various locations where more drugs were consumed. It is also her evidence that, until her arrest on March 1, 2016, she was unable to turn herself in: she feared for her life if she tried to do so. As well, Ms. Shephard testified she was, for most of that period, held against her will and incommunicado: she was also drugged and raped by strangers in premises, likely outside the City of Moncton, with which she was wholly unfamiliar and that she did not situate with any precision in her testimony. This evidence of confinement was not before the judge on the *voir dire*.

[30] Because of their centrality in the Crown's case and in the appeal, Mr. Morningstar's statements to the police warrant particular attention. His first statement (the "warned" statement) was taken over the course of more than 3.5 hours. It began at 6:21 p.m. on December 20, 2015, shortly after his arrest. He was interviewed by Corporal James MacPherson at the Codiac Regional RCMP detachment in Moncton. Mr. Morningstar had already exercised his right to counsel, and the statement was audiotaped and videotaped. No oath was administered, but Mr. Morningstar was warned that anything he said could be used as evidence. The interview ended at 9:59 p.m. The transcript of this interview is 124 pages long.

[31] Following the warned statement, Mr. Morningstar was escorted to his cell at the Codiac RCMP detachment where he was joined by an undercover police officer. Their conversation was audiotaped, and it lasted approximately one hour and fifteen minutes. Obviously, no oath or warning preceded this surreptitious recording. The transcript of the conversation is 21 pages long. Parts of the conversation implicate Ms. Shephard in facets of the murder and arson. Some parts are arguably inconsistent with the formal statements. Recall the conversation with the undercover officer was not admitted in evidence for the truth of its contents, but for the limited purpose of assisting the defence in challenging the reliability of the formal statements.

[32] Mr. Morningstar's second formal statement to police (the "KGB statement") was given on December 22, 2015, at the Shediac Detention Centre. Corporal Laurent Lemieux, along with Corporal MacPherson, attended the Centre to interview Mr. Morningstar. At 3:15 p.m., Corporal Lemieux commenced the videotaped interview. Mr. Morningstar was warned about the consequences of lying to police, including potential perjury, obstruction of justice and/or public mischief charges. He also swore an oath to be truthful. The interview lasted approximately 2.5 hours, ending at 5:45 p.m. The transcript of this interview is 80 pages long.

[33] Parts of the warned and *KGB* statements implicate Ms. Shephard in some aspects of the assault on Baylee Wylie and the arson. However, there are inconsistencies within and between the statements. There are also inconsistencies between the in-jail conversation with the undercover officer and the formal statements. In his final address to the jury, defence counsel highlighted a number of those inconsistencies.

[34] It is also beyond debate that several of Mr. Morningstar's observations in the formal statements were inadmissible by virtue of exclusionary rules of evidence other than those specifically applicable to hearsay. Some of the observations in question were inadmissible because they amount to opinion evidence, speculation and guesswork. Others were inadmissible as prejudicial attacks on Ms. Shephard's character and prejudicial suggestions of propensity on her part to be violent and to lie. All agree significant editing was required to remove those inadmissible and prejudicial observations. Unfortunately, there was no vetting and no editing before the recordings were played for the jury. In addition, the CDs (recording the original unedited formal statements) were handed to the jury for deliberation purposes. Despite some redactions, the transcripts provided to the jury continued to feature inadmissible and highly prejudicial observations.

[35] Mr. Morningstar briefly testified at Mr. Noel's preliminary inquiry, but refused to provide any information regarding the killing of Baylee Wylie or the arson. The prosecution hoped, but was unsure he would be more cooperative at Ms. Shephard's trial. Accordingly, a pre-trial *voir dire* was initiated to determine the admissibility of the two formal statements for the truth of their contents, just in case Mr. Morningstar refused to testify. The *voir dire* began in the fall of 2017 and, after a few days, it was adjourned until Mr. Morningstar's appearance in court.

[36] Mr. Morningstar was called to testify for the prosecution on three occasions, and steadfastly refused to do so. After his third refusal, the judge directed the resumption of the *voir dire*. By this time, 30 witnesses had testified and numerous items

of physical evidence had been received as exhibits in the trial proper. With defence counsel's consent, the trial evidence was admitted for *voir dire* purposes.

[37] Under the principled approach to the admissibility of hearsay, a statement incriminating the accused made in his or her absence and tendered for its truth may only form part of the evidential record if the trial judge is satisfied the statement is sufficiently reliable and its admission is necessary. The judge found Mr. Morningstar's refusal to testify sufficed to meet the necessity criterion, and no one has taken issue with that finding. Accordingly, the *voir dire* rightly focused on the *threshold* issue of reliability, both procedural and substantive, which the judge approached and settled by applying the *Bradshaw* framework. As mentioned, Ms. Shephard did not testify at the *voir dire*. Nor did she call any witnesses.

[38] In his ruling, the judge turns his mind first to the issue of procedural reliability. His observations on point include the opinion that, despite taking an oath to tell the truth, the average person typically provides testimony that reflects "what they feel will help their case". He then leaps from this general assessment to the conclusion that Mr. Morningstar's oath to tell the truth would not provide any indication of inherent trustworthiness. In the result, the judge rules the prosecution failed to establish on a balance of probabilities that the process culminating with the formal statements met the procedural reliability criterion. He then proceeds to assess substantive reliability. To that end, the judge references the four steps identified by the majority in *Bradshaw* as components of a proper consideration of extrinsic evidence in the substantive reliability inquiry.

[39] First, the judge identifies the formal statements' material aspects as Mr. Morningstar's assertions that Ms. Shephard participated in the murder of Baylee Wylie and the arson. Second, the judge considers the specific danger in play: Mr. Morningstar could be lying. He then finds there is no "real" evidence of any motive on the part of Mr. Morningstar to falsely incriminate Ms. Shephard. Third, in discussing possible explanations for the formal statements' material aspects, other than their truth, the judge

agrees with the prosecution that many of the observations in the formal statements were validated by the physical and testimonial evidence. However, he emphasizes he must look for corroboration “not of the fact that Devin Morningstar knows what he’s talking about” but “of the fact that Marissa June Shephard was involved.” Lastly, in determining whether, in the circumstances of the case, corroborative evidence rules out “alternative explanations such that the only remaining likely explanation [...] for the statement [...] is the declarant’s truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects”, the judge is careful not to determine ultimate reliability. He acknowledges that, in assessing threshold reliability, the court’s preoccupation must be “whether, in-court, contemporaneous cross-examination of [the] hearsay declarant would add anything to the trial process” and that a finding of threshold substantive reliability is justified only if alternative explanations (other than truth) for the material aspects are rejected.

[40] The important *voir dire* evidence pertaining to substantive reliability can be grouped into two categories: (1) evidence tending to identify Ms. Shephard as the female who left 96 Sumac at 4:00 a.m. on December 17, 2015; and (2) evidence of her contemporaneous and post-event conduct, which was put forward as circumstantial evidence of guilt.

[41] First, the judge found corroboration of Mr. Morningstar’s statements placing Ms. Shephard at 96 Sumac when the murder and the arson occurred. Claude LeBlanc testified he picked up and drove three people away from 96 Sumac at 4:00 a.m. on December 17, 2015. According to Mr. LeBlanc, the individuals were Mr. Morningstar, an unknown male who was later identified as Mr. Noel, and a female he identified in direct examination as Ms. Shephard, only to shy away from that identification on cross-examination. The judge was satisfied the following evidence established the female in question was probably Ms. Shephard: (1) Bailey Fillmore testified she saw Ms. Shephard, Baylee Wylie, Mr. Morningstar and Mr. Noel, together, at 96 Sumac in the days leading up to the murder; (2) Patricia Mandy, who lived at 98 Sumac, one of the adjacent triplex units, testified to hearing a female voice at approximately 6:30 p.m. on December 16, around the time the first assault on Baylee Wylie would have taken place; (3) the records

of N.B. Housing, the landlord of 96 Sumac, showed the unit was rented to Ms. Shephard; (4) Claude LeBlanc's testimony that he understood from one or more of the departing occupants of 96 Sumac "they were running out on the rent"; (5) Bailey Fillmore testified she went to Mr. Morningstar's home on the afternoon of December 17 and Ms. Shephard, Mr. Morningstar and Mr. Noel were there; (6) later, their seemingly friendly interaction was captured on convenience-store surveillance footage. The judge concluded this evidence pointed "to the fact that, at the very least, Marissa June Shephard is the female that exited 96 Sumac with Devin Morningstar and Tyler Noel at 4:00 a.m."

[42] Second, the judge agreed Ms. Shephard's conduct after leaving 96 Sumac was circumstantial evidence that she was probably involved, to some extent, in the murder of Baylee Wylie and the arson. In the judge's view, an innocent person who had just witnessed the murder of a friend and her home engulfed in flames would promptly reach out to the authorities (police and fire department) and report the damage to her landlord. Ms. Shephard did nothing of the sort. Instead, and as noted, Ms. Shephard was seen later that day on surveillance video, consorting with the killers and arsonists. Finally, the judge, who had yet to hear Ms. Shephard's evidence of confinement against her will and inability to communicate with the outside world, determined she had to be aware of the much-publicized warrant for her arrest, but chose to remain on the run and not turn herself in; rather, she altered her appearance, and when finally located and confronted by the police, she falsely identified herself. In the judge's view, this conduct is "exactly what you could expect from a person who was a culprit in the murder and the arson".

[43] In the end, the judge accepted the only likely explanation for the material aspects of the formal statements was their truthfulness. That finding underlies his ruling that the prosecution met the *Bradshaw* standard for admissibility.

[44] Correlatively, in his final charge, the judge identifies Mr. Morningstar as an unsavoury witness. He then instructs the jurors they should be "hesitant or reluctant"

to take Mr. Morningstar “for his words” and they should look for “some form of exterior or extrinsic confirmation of these descriptions he has given to police”. The judge adds:

Indeed, you should look at what other witnesses or other elements of evidence, namely the exhibits presented, that are sources other than Devin Morningstar, before you decide to rely upon what Devin Morningstar said to police [...] in his two formal interviews. [...] [K]eep in mind who gave these descriptions, being Devin Morningstar, and what he represents to you and the circumstances under which Devin Morningstar was talking to police.

The judge concludes with a non-exhaustive itemization of evidence the jury might consider in determining whether there was extrinsic confirmation of Mr. Morningstar’s description of the salient events.

[45] More generally, in his final charge, the judge summarizes the evidence, quite fairly for each side, before repeating what he took from Crown and defence counsel’s respective addresses. Significantly, he does not mention, let alone comment on, Crown counsel’s submission to the jury that Ms. Shephard admitted on direct examination to participating in Baylee Wylie’s killing. After providing his own understanding of the submissions by counsel, the judge reads to the jury counsel’s summary of their respective submissions. The alleged sworn admission by Ms. Shephard of participation in the killing of Baylee Wylie is not mentioned in Crown counsel’s summary.

[46] After deliberating for a relatively short time, the jury delivered verdicts of guilty as charged.

IV. Analysis and Decision

[47] In the text that follows, we delve into Ms. Shephard’s pleaded allegations of error before closing with a discussion focused on the jury instructions and on the crux of the appeal: trial fairness.

A. *The misapplication of Bradshaw (Ground of appeal #1)*

[48] Under the principled approach adopted in *K.G.B.*, hearsay is admissible for its truth if it meets the twin requirements of necessity and reliability. That determination is based on “a flexible case-by-case examination”: *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 21. While admissibility is a question of law that stands to be reviewed for correctness, deference is owed not only to the foundational findings of fact but also, absent an error in principle, to the determination of threshold reliability: *Youvarajah*, at para. 31.

[49] Ms. Shephard does not contend the trial judge made an error in identifying the governing principles. Indeed, she acknowledges the judge correctly identified the *Bradshaw* standard for admissibility and the role it ascribes to corroborative evidence in judicially determining admissibility under the principled approach to hearsay. Moreover, she does not argue the adjudicative framework adopted in *Bradshaw* or, for that matter, any aspect of that decision is no longer good law. Nor does she submit her case against the admissibility of the formal statements has been strengthened by the recent decision in *R. v. Larue*, 2019 SCC 25, [2019] S.C.J. No. 25 (QL). Ms. Shephard’s submission is simply that the judge’s ruling on admissibility rests on unsustainable findings of fact and evidence that does not meet the *Bradshaw* test for corroboration. This is the only objection to the admissibility of the formal statements as a whole that is before us.

[50] The facts in *Bradshaw* may be usefully summarized as follows. The police investigation of two murders included a covert investigation procedure known as a Mr. Big operation during which one of the suspects, Roy Thielen, admitted to an undercover officer his participation in one of the murders and implicated a second suspect, Robert Bradshaw, in the other. Following his arrest, Mr. Thielen initially denied any participation in the murders. However, once he was made aware of the Mr. Big operation, he folded and gave two recorded statements to the police, detailing the circumstances

surrounding the murders and identifying Mr. Bradshaw as one of the murderers. As a result, Mr. Bradshaw was charged with two counts of first degree murder.

[51] At trial, Mr. Thielen refused to testify. As a result, the admissibility of his statements, particularly the parts incriminating Mr. Bradshaw, became a live issue. It was eventually resolved in favour of the prosecution and Mr. Bradshaw was found guilty on both counts. On appeal to the British Columbia Court of Appeal, the Court determined substantive reliability had not been established and that the statements were inadmissible. It set aside the convictions and ordered a new trial. On further appeal to the Supreme Court of Canada, that outcome was confirmed.

[52] In the course of the reasons she delivered for the majority, Justice Karakatsanis noted that, although hearsay is presumptively inadmissible given the dangers this kind of evidence presents, it may be admitted if threshold reliability is established. Threshold reliability is informed by procedural and substantive considerations that are designed to assist in rationally determining whether the tendered evidence is sufficiently reliable to overcome dangers typically associated with hearsay, which include an inability to test and assess the declarant's perception, memory, narration or sincerity: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 2.

[53] Procedural reliability will be established where there are "adequate" substitutes for in-court cross-examination of the hearsay declarant. The following are commonly offered as substitutes in cases involving statements to police: truth-telling oaths, an inventory of the serious consequences of lying, cross-examination of the declarant in other settings and recordings of the proffered statements. While some form of cross-examination is "usually required" (see *Bradshaw*, at para. 28), its absence does not automatically ordain a finding adverse to procedural reliability.

[54] In *Bradshaw*, the majority confirmed that evidence may be considered corroborative only if it goes to the truthfulness or accuracy of the material aspects of the hearsay statement (para. 45). Ms. Shephard submits this condition precedent can only be met by direct evidence establishing her participation in the commission of the offences

charged. We respectfully disagree. In our view, circumstantial evidence, viewed contextually and cumulatively, may provide the sought-after corroboration. However, the evidence in question will warrant reliance only “if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant’s truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement” (para. 44) and that those material aspects “are unlikely to change under cross-examination” (para. 47). The “change” in question is not one that might result from perjured testimony, but an error-correcting or falsehood-revising change. Otherwise, it would always be the case that the material aspects could change under cross-examination.

[55] Be that as it may, the majority went on to set out the steps judges are to follow in considering whether evidence extrinsic to the hearsay statement is corroborative of its reliability:

- (1) Identify the material aspects of the hearsay statement that are tendered for their truth;
- (2) Identify the specific hearsay dangers raised by those aspects of the statement in the particular circumstances of the case;
- (3) Based on the circumstances and these dangers, consider alternative, even speculative, explanations for the statement; and
- (4) Determine whether, given the circumstances of the case, the corroborative evidence led at the *voir dire* rules out these alternative explanations such that the only remaining likely explanation for the statement is the declarant’s truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement. (para. 57)

In the case at hand, the judge referenced and followed this script. He found the only likely explanation for the material aspects of the formal statements was Mr. Morningstar’s truthfulness and their accuracy. In her first written submission, Ms. Shephard contends the judge failed “to consider whether the *Bradshaw* standard had been met”. There is, evidently, no merit to this complaint.

[56] Ms. Shephard also submits the trial judge made findings of fact that were not supported by evidence. Her primary target is the finding that Mr. Morningstar had no motive to lie in incriminating her. She contends such a motive arose from the fact Mr. Morningstar “was upset because she had left him”. The judge’s finding regarding motive is a finding of fact, which must stand in the absence of a palpable and overriding error in the assessment of the relevant evidence. Ms. Shephard has failed to establish any such error. Indeed, there is evidence to support the trial judge’s finding.

[57] Ms. Shephard contends, as well, the judge considered evidence that was not relevant to the threshold inquiry.

[58] Ms. Shephard’s first submission on point is that the judge erred in considering as corroborative evidence, Mr. Morningstar’s self-incrimination in the formal statements, his conviction of first degree murder and arson, and Mr. Noel’s plea of guilty to second degree murder and arson. The short answer is that, although he adverted to those matters, the judge emphasized they had no place in the *Bradshaw* analysis he was conducting. It is therefore unnecessary to decide whether those considerations might properly be in the mix under the umbrella of the “circumstances of the case”.

[59] Ms. Shephard’s second submission on this topic is that the judge fell into error in finding the material aspects of the formal statements were consistent and, alternatively, in considering that circumstance as corroborative of their description of Ms. Shephard’s role in the commission of the offences. It was undoubtedly open to the judge, and indeed the jury, to find inconsistencies within and between the formal statements. However, the issue is whether the judge’s finding of consistency is the product of a palpable and overriding error. We conclude it is not.

[60] Indeed, differences within the formal statements are arguably insignificant in light of Mr. Morningstar’s apparent decision to cease shielding Ms. Shephard and himself against criminal liability and to provide an accurate account of the crime-related

events at 96 Sumac. As for differences between the formal statements, they are arguably confined to peripheral details, and not the core description of Ms. Shephard's role in the crimes. Accordingly, it was open to the trial judge to find the material aspects of the statements were consistent.

[61] Moreover, we are not persuaded the statements' core consistency, as described hereinabove, could not weigh in the balance in the particular circumstances of this case. After all, few would quibble with the proposition that it is unlikely Mr. Morningstar, a 20-year-old first offender pressed by experienced police interrogators to come clean in a pressure-packed setting, had the wherewithal to falsely describe, in fairly consistent fashion, the core features of Ms. Shephard's role in the crimes committed at 96 Sumac. Had he lied in incriminating Ms. Shephard, one would have expected inconsistency, not the opposite. We wrap up the discussion on the issue of statement consistency by underscoring that the arguably peripheral inconsistencies raised by Ms. Shephard on the *voir dire*, at trial and on appeal were highlighted in the judge's charge and defence counsel's address as grounds to reject as unreliable the incriminating parts of the formal statements.

[62] Ms. Shephard's third submission on the issue of corroboration is that the trial judge erred in law in considering Ms. Shephard's pre- and post-event association with Messrs. Noel and Morningstar, her failure to turn herself in for more than two months, despite a much-publicized warrant for her arrest, and her false self-identification upon arrest. In her submission, these events were irrelevant to the determination of threshold reliability. Once again, we respectfully disagree. Weighed cumulatively and contextually, the acts and omissions described above could be viewed by the trial judge as circumstantial evidence of Ms. Shephard's involvement in the crimes committed at 96 Sumac. It follows we are not persuaded the trial judge committed reversible error in bringing those acts and omissions to bear in determining threshold reliability.

[63] Nonetheless, we agree with the Attorney General's submission that the trial judge erred in law in completely discounting Mr. Morningstar's oath to tell the truth

in his *KGB* statement. This is so because there is no evidence to support the judge's conclusion the oath taken by Mr. Morningstar meant nothing to him. Absent evidence to that effect, Mr. Morningstar's oath had to weigh in the balance in the threshold reliability inquiry.

[64] In our view, despite the lack of testing by cross-examination of the formal statements' material aspects, either at trial or in other proceedings, the process associated with the taking of the formal statements features elements that militate in favour of threshold reliability. Chief among those are Mr. Morningstar's truth-telling oath in connection with the *KGB* statement, the audiotaping and videotaping of the entirety of the formal statements and the adumbration of the consequences flowing from lying. While those elements may not suffice to establish procedural reliability in this case, they "may work in tandem" with substantive considerations in assessing whether the requisite threshold reliability has been established: *Bradshaw*, at para. 32.

[65] As noted in *Fredericks v. R.*, 2018 NBCA 56, [2018] N.B.J. No. 211 (QL), elements of both the procedural and substantive reliability lines of inquiry "can combine to overcome the specific hearsay dangers a statement might present, even in a situation where neither procedural nor substantive reliability would have sufficed on its own" (para. 77). The trial judge's finding of substantive reliability based on corroborative evidence is buttressed by the elements of procedural reliability mentioned above.

[66] All things considered, including the applicable standard of review, the trial judge's admissibility ruling must stand. Needless to say, this ruling did not open the evidential door to observations by Mr. Morningstar that were inadmissible by virtue of other exclusionary rules of evidence. As mentioned, significant editing of the statements was required. We will return to this topic in assessing trial fairness.

B. *The failure to properly instruct the jury on the importance of the fact that Mr. Morningstar was never cross-examined (Ground of appeal #2)*

[67] In the mid-trial instructions, the judge explained to the jury that, “most importantly”, witnesses who testify in court “are available for cross-examination”. In his final charge, the judge instructed the jury to consider Mr. Morningstar’s behaviour during the audiotaped and videotaped statements, bearing in mind it was denied the opportunity to examine his behaviour in court, and taking into account “that, unlike the other oral evidence given at trial, Devin Morningstar could not be cross-examined by defence counsel”. In summarizing the defence’s position, the judge adds:

Defence counsel concludes in reminding you that contrary to Devin Morningstar, the person on whose version the Crown would want you to render verdicts, defence has put the accused Marissa Shephard on the stand. Therefore, making her available to Crown to be cross-examined and tested as much as Crown wanted, and the Crown let pass that opportunity. Yet, now, the Crown asks that you accept the version of Devin Morningstar and reject the version of Marissa June Shephard. As yet another reminder of my numerous reminders and repeats, you shall always keep in mind that it is for Crown to prove beyond a reasonable doubt that Marissa June Shephard took part in the crimes that she is charged with.

[68] Those instructions were adequate and fair. There is no merit to this ground of appeal.

C. *Crown counsel’s failure to afford Ms. Shephard an opportunity to address on cross-examination features of her direct examination Crown counsel subsequently relied on to impugn her credibility (Ground of appeal #2)*

[69] The Appellant’s Submission identifies three topics Crown counsel should not have raised in her closing address to impugn Ms. Shephard’s credibility, having failed to afford her an opportunity on cross-examination to address them: (1) her DNA in the blood found in the back porch area; (2) the paucity of verifiable details in her account of outings with “customers” while some of the assaults on Baylee Wylie occurred; and (3)

her professed ignorance of the warrant for her arrest. Ms. Shephard submits the rule in *Browne v. Dunn* precluded Crown counsel's challenge to her credibility.

[70] The Attorney General's first submission in response is that the rule in *Browne v. Dunn* has no relevance to the case at hand because it applies only where the cross-examining party intends to impeach a witness' credibility "by the calling of contradictory evidence" (emphasis added). In support of that narrow appreciation of the rule, the Attorney General relies notably on *R. v. Verney*, [1993] O.J. No. 2632 (C.A.) (QL), per Finlayson, J.A. In the Attorney General's view, the rule in *Browne v. Dunn* requires the cross-examining party give the witness an opportunity to state his or her position with respect to later evidence that contradicts the witness on an essential matter. With respect, that narrow understanding is irreconcilable with the House of Lords' formulation of the rule in the case of *Browne v. Dunn*. Its salient facts were as follows.

[71] Mr. Browne brought against Cecil W. Dunn, a solicitor, an action for libel. Mr. Browne contended the libel was expressed in the retainer Mr. Dunn prepared and got his "clients" to sign. On its face, the retainer authorized Mr. Dunn to take proceedings against Mr. Browne for various specified wrongs. Mr. Browne's theory at trial was that the retainer was a sham and that its purpose was none other than to defame him. The jury found in his favour and awarded damages. However, the verdict was set aside by the Court of Appeal, and Mr. Browne appealed to the House of Lords. It, too, dismissed his appeal.

[72] One of the signatories to the retainer, E. Cooke, gave evidence at trial for Mr. Browne. She testified to signing the retainer without reading it. The other signatories, except for one who did not testify, gave evidence for Mr. Dunn. They testified Mr. Browne had wronged them and that, as a result, they consulted and gave instructions to Mr. Dunn on the subject, which entailed the preparation and execution of the retainer. Counsel for Mr. Browne did not cross-examine any of the signatories whose testimony purported to substantiate the *bona fides* of the retainer. Significantly, there is no suggestion in their Lordships' recital of the facts that Mr. Browne indicated he intended

to call evidence to contradict the signatories who testified on behalf of Mr. Dunn. At any rate, Mr. Browne did not call contradicting witnesses.

[73] Manifestly, *Browne v. Dunn* was not concerned with contradiction by means of “later” evidence. Mr. Browne simply asked the jury, in his counsel’s address, to disbelieve the signatories who testified the retainer was legitimate. In the view of Lord Herschell, the Lord Chancellor, the confrontational rule, as it is sometimes called in the jurisprudence, applies “where it is intended to suggest that a witness is not speaking the truth on a particular point” (para. 2). The rule is engaged whenever it is intended “to impeach a witness”, a general formula used by the Lord Chancellor without any intimation that it encompassed only impeachment by means of “later” contradicting testimony. He went on to state that “it was not open to the learned counsel [for Mr. Browne] to ask the jury to disbelieve” the signatories who testified for the defence (para. 4). Lord Halsbury, like the other Lords, agreed, stating “to my mind nothing would be more absolutely unjust than not to cross-examine witnesses upon evidence which they have given, so as to give them notice, and to give them an opportunity of explanation, and an opportunity very often to defend their own character, and, not having given them such an opportunity, to ask the jury afterwards to disbelieve what they have said, although not one question has been directed either to their credit or to the accuracy of the facts they have deposed to” (para. 16) (emphasis added).

[74] In addition to its inconsistency with *Browne v. Dunn*, the restricted view taken in *Verney* would deny the rule’s protection to accused persons in virtually all cases. Indeed, if the rule only applies to the Crown where it intends to adduce contradicting evidence, it would only be triggered in the rare instances where rebuttal evidence is allowed. Thus, if the rule does not apply to the Crown in the absence of an intention to call contradictory evidence, the Crown could, in virtually all cases, engage with impunity in the very conduct the rule was designed to prevent. That is an unacceptable result.

[75] In *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, the Supreme Court defined the rule, admittedly in *dicta*, as enjoining the cross-examining party to give

notice to witnesses whose testimony he or she intends to impeach (para. 64). To be clear, the Court did not limit the impeachment in question to “later” contradictory evidence:

[...] The rule in *Browne v. Dunn* requires counsel to give notice to those witnesses whom the cross-examiner intends later to impeach. The rationale for the rule was explained by Lord Herschell, at pp. 70-71:

Now, my Lords, I cannot help saying that it seems to me to be absolutely essential to the proper conduct of a cause, where it is intended to suggest that a witness is not speaking the truth on a particular point, to direct his attention to the fact by some questions put in cross-examination showing that that imputation is intended to be made, and not to take his evidence and pass it by as a matter altogether unchallenged, and then, when it is impossible for him to explain, as perhaps he might have been able to do if such questions had been put to him, the circumstances which it is suggested indicate that the story he tells ought not to be believed, to argue that he is a witness unworthy of credit. My Lords, I have always understood that if you intend to impeach a witness you are bound, whilst he is in the box, to give him an opportunity of making any explanation which is open to him; and, as it seems to me, that is not only a rule of professional practice in the conduct of a case, but is essential to fair play and fair dealing with witnesses. Sometimes reflections have been made upon excessive cross-examination of witnesses, and it has been complained of as undue; but it seems to me that a cross-examination of a witness which errs in the direction of excess may be far more fair to him than to leave him without cross-examination, and afterwards to suggest that he is not a witness of truth, I mean upon a point on which it is not otherwise perfectly clear that he has had full notice beforehand that there is an intention to impeach the credibility of the story which he is telling.

The rule, although designed to provide fairness to witnesses and the parties, is not fixed. The extent of its application is within the discretion of the trial judge after taking into account all the circumstances of the case. See *Palmer v.*

The Queen, [1980] 1 S.C.R. 759, at pp. 781-82; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 954-57. In any event, the foregoing rule in *Browne v. Dunn* remains a sound principle of general application, though irrelevant to the issue before the trial judge in this case. [paras. 64-65]
[Emphasis added.]

[76] In *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters, 2019) the scope of application of the rule in *Browne v. Dunn* is broadly delineated:

A party who intends to challenge the credibility of a witness, whether by calling contradictory evidence or simply as part of closing submissions to the fact finder, should generally provide the witness with an opportunity to address or explain the point upon which credibility is attacked. Simply put, the witness should be confronted in cross-examination with any material point on which his or her credibility is to be challenged. A failure to do so *may* detract from the strength of the party's case or entitle the party who called the witness to a remedy. [p. 21-109]
[Emphasis added.]

This formulation accords with our understanding of the rule.

[77] There is no doubt the rule in *Browne v. Dunn* applies to cases where the cross-examining party intends to call contradictory evidence. But, in our respectful view, its ambit extends beyond that situation. The rule's rationale is avoidance of unfairness to the witness, to the adverse party and, some argue, to the trier of fact. It is engaged in any situation where the cross-examining party intends to ask the trier of fact to disbelieve witnesses on a point upon which they have not been challenged and in respect of which the party who called them could not reasonably predict might be relied upon to impeach their credibility (see *Gillis v. R.*, 2014 NBCA 58, 426 N.B.R. (2d) 1, at paras. 92-96, leave to appeal denied [2014] S.C.C.A. No. 496 (QL); *Crowley v. R.*, 2015 NBCA 61, 441 N.B.R. (2d) 146; *Mockler v. New Brunswick et al.*, 2019 NBCA 50, [2019] N.B.J. No. 170 (QL), at para. 76; and *R. v. Hart* (1932), 23 Cr. App. R. 202 (C.A.), at p. 207).

As explained in *Lyttle*, the trial judge has a broad discretion in assessing fairness and determining whether the rule is engaged and, if so, the appropriate remedy for any infringement.

[78] The Attorney General's alternative objection to the application of the rule in *Browne v. Dunn* is that the rule is not engaged where, as here, the examining party (on direct) knows the adverse party contests the witness' credibility and the examining party is or ought to be aware of the grounds upon which that contest might be substantiated. The Attorney General points out that, in *Browne v. Dunn*, the Lord Chancellor was careful to exclude the need for confrontation in situations where it is "otherwise perfectly clear that [the witness] has had full notice beforehand that there is an intention to impeach the credibility of the story which he is telling. Of course I do not deny for a moment that there are cases in which that notice has been so distinctly and unmistakably given, and the point upon which he is impeached, and is to be impeached is so manifest, that it is not necessary to waste time in putting a question to him upon it" (para. 2). See, as well, *Gillis; Crowley; Mockler*; and *R. v. I.I.*, 2013 ABCA 2, [2013] A.J. No. 2 (QL), at para. 10. We accept this submission.

[79] The rule in *Browne v. Dunn* was not in play with respect to the three topics identified in the Appellant's Submission: Ms. Shephard's DNA in the back porch area, the failure to provide verifiable particulars in her explanation for being with "customers" when parts of the assault on Baylee Wylie occurred and her claimed ignorance of the warrant for her arrest. Ms. Shephard knew or ought to have known the prosecution would raise these issues to impeach her credibility and it was incumbent upon her to deal with them fulsomely in her direct examination.

D. *Equating Mr. Morningstar's formal statements with sworn or solemnly affirmed testimony in court for purposes of probative value and reliability and attributing corroborative value to the statements made by Mr. Morningstar in his jail cell conversation with the undercover police officer*

[80] In his final instructions, the judge advised the jury they were “allowed to refer to Devin Morningstar’s words and declarations as they appeared in the two formal interviews in the same way and with the same reasons and objective as if you had heard these words directly from him had he taken the stand at trial” (emphasis added). In the mid-trial instructions, the judge told the jury they were allowed to refer to these formal interviews “to look for answers as to what happened on December the 16th or the 17th, 2015 the same as you’d be looking at all the witnesses that you heard so far that came to give evidence about what happened” (emphasis added). In their supplementary written submissions and at the August 14, 2019 hearing, the parties addressed the following questions: Do these instructions amount to misdirection in equating the probative value and reliability of the two out-of-court formal statements with the probative value and reliability of sworn or solemnly affirmed testimony at trial? If yes, is the misdirection harmless having regard to other parts of the charge?

[81] Neither the Court nor the two counsel on appeal have been able to locate any authoritative acceptance of this equivalence, whether in standard model instructions or in the jurisprudence. As noted in the Memo to Counsel, unlike the other Crown witnesses and Ms. Shephard, Mr. Morningstar did not swear the witness’ oath or make a solemn affirmation and he did not testify before the jury, with all eyes on him in the formal forum provided by a public trial. Moreover, while the jury saw the warned and *KGB* statements on a screen, they did not have the benefit of Mr. Morningstar’s testimony directly in front of them, and as a result, they did not see him tested on cross-examination. Nor did they have an opportunity to put questions to him through the trial judge. In addition, the warned statement was not made under oath and some of Mr. Morningstar’s answers were provided in response to leading questions, which would not have been allowed in a trial setting.

[82] These important differences between the two scenarios (out-of-court statements and in-person testimony before the jury) demonstrate they are not the same at all. The probative value and reliability of in-court testimony are indisputably greater. The judge’s instruction amounts to misdirection, and its significance is undeniable since it

concerns the very foundation for the Crown's case, namely the reliability of Mr. Morningstar's out-of-court incrimination of Ms. Shephard. That said, if this were the judge's sole error, we would not be inclined to reverse, given other parts of the final charge that highlight some of the differences between the circumstances attendant upon the presentation of Mr. Morningstar's formal statements and testimony before the jury. In this regard, recall the judge's description as "most important" of the fact that Mr. Morningstar's statements had not been tested by cross-examination. We now turn to the instruction regarding the permissible use of the in-jail recording of the conversation between Mr. Morningstar and an undercover police officer.

[83] In his mid-trial instructions, the judge advised the jurors they could use the "recording when he [Mr. Morningstar] was with the undercover agent to assist you in deciding [...] what if anything you will believe in these two formal interviews". In his final instructions, the judge told the jury they could resort to the jail cell recording "as a means of assistance to help you determine what, if any, weight, credibility or reliance you find are worth being given to Devin Morningstar's words as they appear in the two formal statements".

[84] Weight, credibility and reliance relate to probative value. Although the instructions on the permissible use of the undercover officer/Mr. Morningstar exchange do not explicitly mention corroboration, they effectively clothe the exchange with potential corroborative value. That is the effect of telling the jury the exchange could be used for the purposes identified by the trial judge.

[85] The jail cell recording could not be used for those essentially corroborative purposes because it had not been admitted in evidence for the truth of its contents; its sole permissible use pursuant to the judge's admissibility ruling was as a means by which the defence could contradict the formal statements with a view to undermining their reliability. It should go without saying there is a fundamental difference between: (1) telling the jury, as was expected given the ruling on admissibility, that they should determine whether information in the undercover officer/Morningstar

recording contradicted the formal statements and, if so, whether those contradictions were significant enough to deny probative value to the formal statements; and (2) telling the jury, as the trial judge did, that the recording could be used “in deciding what, if anything, they believed in the formal interviews” and to help them decide “what, if any, weight, credibility or reliance” should be given to “Devin Morningstar’s words as they appear in the two formal statements”. These instructions are wrong in law and relate to the crux of the Crown’s case.

[86] The Attorney General argues these errors are inconsequential, given other parts of the final charge. That may or may not be the case (see *R. v. LeBlanc*, 2018 NBCA 65, [2018] N.B.J. No. 237 (QL), at paras. 50-53 and *LeBlanc v. R.*, 2019 NBCA 65, [2019] N.B.J. No. 238 (QL), at paras. 75-78). Our conclusion of trial unfairness arising from Crown counsel’s improper submission to the jury obviates the need to decide this thorny question.

E. *Trial fairness*

[87] In our universally acclaimed system of justice, we try cases, not people. Rich or poor, good or bad, every accused is entitled to a fair trial. Before a jury, the presiding judge, Crown counsel and defence counsel each have a critical role to play in ensuring process fairness.

[88] In all cases, Crown counsel is duty bound to be accurate, fair and dispassionate not only in addressing the jury but, as well and more generally, in conducting the prosecution: *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, [1954] S.C.J. No. 54 (QL) and *Pisani v. R.*, [1971] S.C.R. 738, [1970] S.C.J. No. 99 (QL). In *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, the Supreme Court quoted with approval the following “warning” by Justice Rand in *Boucher*:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence

relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

The Court added:

Crown counsel are expected to present, fully and diligently, all the material facts that have evidentiary value, as well as all the proper inferences that may reasonably be drawn from those facts. However, it is not the Crown's function "to persuade a jury to convict other than by reason": *R. v. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200 (Man. C.A.), at para. 59. Rhetorical techniques that distort the fact-finding process, and misleading and highly prejudicial statements, have no place in a criminal prosecution. [para. 79]

[89] Crown counsel's duty to be fair in conducting the prosecution obliges them to carefully and thoroughly review the evidence gathered and proffered by the police for prosecution purposes and to refrain from putting before the trier of fact evidence they know or ought to know entails prejudicial impact on the decision-making process that is out of proportion with its probative value. Moreover, in the address to the jury, Crown counsel must eschew interpretations of the evidence that are inaccurate or unfair. If competently discharged, those obligations in no way impede compliance by Crown counsel with their well-established duty to be forceful in prosecuting cases: *G.S. v. R.*, 2009 NBCA 82, 351 N.B.R. (2d) 279 (para. 75).

[90] The framework for dealing with improper comments by Crown counsel is accurately described in *R. v. A.T.*, 2015 ONCA 65, [2015] O.J. No. 455 (QL):

When improper comments by Crown counsel are sufficiently prejudicial, a trial judge has a duty to intervene,

and a failure to do so will constitute an error of law: *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86, at p. 95; *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458, at para. 2. The Supreme Court affirmed in *Rose*, at para. 127, that “where the trial judge fails to redress properly the harm caused by a clearly inflammatory, unfair or significantly inaccurate jury address, a new trial could well be ordered” [...].

A failure by defence counsel to object to improper remarks by Crown counsel is not a bar to a successful appeal: *R. v. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.) at paras. 38, 92, reversed on other grounds, 2001 SCC 6, [2001] 1 S.C.R. 281; *R. v. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143, at para. 61; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1308-1309. As Doherty J.A. explained, “[a] legal error remains a legal error even if counsel does not object or even supports the erroneous instruction”: *R. v. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, at para. 97, leave to appeal refused [2010] S.C.C.A. No. 263.

It does not automatically follow, however, that a new trial will be ordered when the Crown makes improper comments during a closing address, even where the remarks are not corrected. The question is whether, in the context of the entire trial, the remarks and the trial judge’s response or failure to respond caused a substantial wrong or miscarriage of justice: *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86, at p. 95. [paras. 29-31]

[91] As for defence counsel, they are duty bound to provide effective representation. Whenever defence counsel fails in this regard, trial fairness suffers and s. 7 of the *Charter* is brought into the frame (see *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, per Major J.). Section 7 grants everyone “the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”. Effective representation requires defence counsel to be vigilant and forceful in the overall representation of their clients. In particular, they must forcefully oppose prosecutorial misconduct and pursue remedies appropriate to the effective protection of the accused’s right to a fair trial. Needless to say, effective representation excludes conduct that jeopardizes the fairness of the trial for the accused. Asking questions on direct examination of the accused that are designed to elicit answers

the judge has ruled too prejudicial to be heard by the jury falls in the category of prohibited conduct.

[92] However, getting it right is the trial judge's burden. He or she must take all appropriate steps to promote trial fairness. Notably, it is incumbent upon trial judges to do their utmost: (1) to prevent unacceptably prejudicial evidence with little, if any, probative value from reaching the jury; (2) to understand the parties' submissions to the jury; and (3) to appropriately deal with improper submissions. In most cases, a timely and sharply worded rebuke accompanied by a correcting instruction to the jury will suffice. A mistrial is a solution of last resort.

[93] In the case at hand, the trial judge committed errors of law in connection with the presentation of Mr. Morningstar's formal statements to the jury. First, he allowed the recordings of the statements to be heard by the jury without deleting inadmissible and highly prejudicial observations by Mr. Morningstar, which included or pertained to the following: (1) the day before the murder, Ms. Shephard's use of a broomstick to intimidate and violently strike Bailey Fillmore across the face because she was suspected of trying to steal her phone ("broomstick incident"); (2) speculation that Ms. Shephard's call to her mother to take her son away from 96 Sumac was made because she and Mr. Noel had previously settled on a secret plan to assault Baylee Wylie, and set the premises on fire; (3) his opinion that Ms. Shephard liked "bad boys" and that "she's always dating people like that"; (4) the related observation that "all her ex-boyfriends are in jail right now"; (5) the suggestion her father was a member of the Hell's Angels; and (6) his opinion that Ms. Shephard would probably lie about her involvement. While defence counsel did not object to the jury viewing the CDs laced with those highly prejudicial observations, there is simply no way his silence can be tagged with the label "strategic" or "tactical". It is simply unacceptable.

[94] Second, the judge erred in law in providing the jury with transcripts of the formal statements that, despite some redactions, continued to feature inadmissible and prejudicial observations, including a description of the broomstick incident and most of

the other prejudicial observations listed above. Inexplicably, defence counsel did not object. Once again, his silence cannot be rationalized on strategic or tactical grounds. Finally, the judge erred in law in allowing the jurors to take to their deliberating room CDs of the statements that included all of the inadmissible and prejudicial observations, including the ones redacted from the transcripts.

[95] Immediately after the judge ruled the formal statements met the *Bradshaw* standard for admissibility, defence counsel had requested they be pruned of all otherwise inadmissible observations. The judge readily agreed editing was necessary but decided to defer the process to a later date. Unfortunately, and inexplicably, defence counsel failed to renew his request for an appropriate vetting and editing of the formal statements and Crown counsel, contrary to her fairness obligations, forged ahead with the playing of the unedited CDs before the jury. It was only after most of the recordings had been played that the lack of vetting and editing was raised as a problem.

[96] Both defence counsel and the trial judge appear to have realized the gravity of the situation and, quite possibly, their respective mistakes in its genesis. Defence counsel reminded the judge of his previous request to vet and edit the formal statements. The judge responded by pointing out defence counsel had not pursued the request before the unedited recorded contents were shared with the jury.

[97] The option of a mistrial did not find favour, assuming it was considered. Instead, the trial judge tried to repair the damage with instructions to the jury to forget the prejudicial evidence they had heard. In giving those instructions, the judge identified and underscored for the jury not only the observations in the formal statements that were inadmissible because they were no more than speculation, opinion or guesswork, but also those that were inadmissible because of their intolerably high prejudicial impact on the jury's decision-making. The judge explained the broomstick incident fell into the latter category. The jury was told it was too complicated to remove the objectionable observations from the CDs and that transcripts of the formal statements, with appropriate redactions, would be provided to them. The judge instructed the jury to forget the redacted parts and that, if the CDs were viewed in the course of their deliberations, they

should follow along with the transcripts and skip over the CD parts corresponding to the blackened sections. Try as we might, we are unable to imagine how this process could unfold without the prejudicial observations being front and centre in the jury's consideration of the case.

[98] As noted, the jury was told they could view the CDs with the aid of the unredacted parts of the transcripts. However, those unredacted parts actually featured the following highly prejudicial and inadmissible observations: (1) a description of the broomstick incident; while all references to this incident were removed from the warned statement, that is not the case for the transcript of the *KGB* statement; (2) Ms. Shephard would probably lie about her involvement; (3) Ms. Shephard liked "bad boys", "she's always dating people like that" and "all her ex-boyfriends are in jail right now"; and (4) speculation about some nefarious reason for her son's removal from 96 Sumac. As indicated, the trial judge erred in law in providing the jury with redacted transcripts that continued to feature these inadmissible and highly prejudicial observations.

[99] In our judgment, the Attorney General has failed to demonstrate these errors by the trial judge are inconsequential by reason of his direction to the jury to disregard the parts of the CDs that were redacted in the transcripts.

[100] Additional highly prejudicial evidence was heard by the jury when a Crown witness testified regarding statements she claimed to have overheard Ms. Shephard make in the spring of 2017 while they were both in jail. Defence counsel had been provided a will-say statement; its tenor is unknown. Crown counsel did not request a *voir dire* to determine the admissibility of this witness' testimony and defence counsel did not object. The trial judge had no forewarning of the testimony's prejudicial nature. In our view, given the manifestly prejudicial nature of some features of this testimony, Crown counsel fell short of her fairness obligations by failing to seek a *voir dire* into the admissibility of this witness' testimony.

[101] The witness in question informed the jury that, in April or May 2017, while watching television with some friends, she heard Ms. Shephard tell other inmates: “I should have cut his cock and shoved it up his ass”. Obviously, this statement was irrelevant to the issue at hand and highly prejudicial given its description of a violent mindset. Inexplicably, defence counsel did not object to its admissibility; he only objected when Crown counsel asked Ms. Shephard’s former fellow inmate to explain why the statement disgusted her to the point of prompting a violent response on her part. The jury was excluded from the hearing while the objection was debated.

[102] After hearing the parties, the judge overruled the defence objection and recalled the jury. The witness returned to the stand and testified briefly before the trial judge intervened and excluded the jury once again. He challenged counsel for both sides regarding the admissibility of the witness’ entire testimony because: the overheard statement had not been properly contextualized, it was irrelevant to the issue of Ms. Shephard’s participation in the offences charged and was highly prejudicial character evidence lacking in probative value. After hearing counsel, the judge struck out the entire testimony. Once again, the trial judge was thrust into the position of having to instruct the jury to disregard highly prejudicial prosecution evidence.

[103] As mentioned, Ms. Shephard testified. The conduct of her direct examination was entrusted to a colleague of lead counsel for the defence. We must assume she was not made aware of the trial judge’s ruling that references to the broomstick incident were inadmissible, in part, because of their prejudicial impact on trial fairness. As astonishing as it may seem, in the course of the direct examination, counsel posed questions that required Ms. Shephard to provide evidence regarding the broomstick incident. The trial judge should have brought to a halt counsel’s disregard of his ruling and her prejudicial examination of Ms. Shephard. We are left to wonder what the jury understood it was entitled to do with the broomstick incident after these unchallenged questions and answers. The trial judge erred in law in failing to intervene.

[104] Throughout her day-long direct examination, Ms. Shephard used informal English to deliver her testimony. At one point, she testified Mr. Noel approached her at Mr. Morningstar's residence to advise he was thinking of killing Mr. Morningstar and Bailey Fillmore. Ms. Shephard testified she "didn't want anyone else to die", so she tried to convince Mr. Noel to abandon his plan. She told Mr. Noel: "we can't do this, like this is crazy". To Mr. Noel's follow-up statement "you're gonna have to help me now", Ms. Shephard responded: "we're not doing it at all". Later in her testimony, she stated: "He wants to kill both of them and at that point it's like, no, like we're not killing anybody else, Tyler, like, no, like this isn't happening [...]. And so this conversation is happening where he's saying that he's going to kill" Bailey Fillmore and Mr. Morningstar. (emphasis added throughout). Evidently, defence counsel did not pick up Ms. Shephard's use of the words "we're" and "else" in the sentence "like we're not killing anybody else, Tyler". At any rate, examining counsel did not seek clarification of its meaning and Crown counsel did not give Ms. Shephard a chance to explain herself on cross-examination.

[105] Of course, in formal English, "we" means the speaker or writer and someone else. However, in informal English, "we" is sometimes used to mean "you" and, on any fair view of the context, it is obvious Ms. Shephard meant "you're not killing anybody else, Tyler".

[106] Nevertheless, in her closing address, Crown counsel made the following submission to the jury: "In the end Marissa Shephard spoke of many things, many confirmed Devin Morningstar version right up to the killing of Baylee Wylie, but the most telling thing she said was [...] and I quote: 'no, we are not killing anybody else, Tyler' when she was alone with Tyler Noel discussing the killing of Devin Morningstar, and Bailey Fillmore. I'm sure you remember that".

[107] Crown counsel continued: "Ladies and gentlemen of the jury, I will once again repeat what Marissa Shephard said, 'we are not killing anybody else'".

[108] Before wrapping up her address by inviting the jury “to find Marissa June Shephard guilty as charged”, Crown counsel charted for the jury a direct and uncomplicated path to conviction: “In her own words, she included herself in the killing of Baylee Wylie”.

[109] This submission was unfair and improper. Ms. Shephard pled not guilty to the charge of murdering Baylee Wylie. In her testimony, she denied participating in Baylee Wylie’s killing and she refuted each and every potentially incriminating allegation in Mr. Morningstar’s formal statements. As well, she had earlier testified she tried to convince Mr. Noel to abandon his plan to kill more people because she “did not want anybody else to die”. In our view, she meant “you’re not killing anybody else, Tyler” when she said, “we’re not killing anybody else, Tyler”, and she certainly did not mean by the latter statement to include herself in the killing of Baylee Wylie. Crown counsel knew this was so, but unfairly and improperly exploited Ms. Shephard’s poor choice of words to argue she had, in essence, confessed to murder in her direct examination.

[110] If Crown counsel intended to put a spin on the statement “we’re not killing anybody else, Tyler” that effectively negated Ms. Shephard’s sworn denials of involvement in the killing of Baylee Wylie, she had to afford Ms. Shephard an opportunity on cross-examination to address this issue. In our view, this opportunity was required by virtue of the fairness concerns that underlie the rule in *Browne v. Dunn*, ss. 7 and 11 of the *Charter* and the role of Crown counsel as a minister of justice. Correlatively, we have not checked our litigation experience and common sense at our chambers’ door, and incline to the view that Crown counsel eschewed cross-examination regarding the evidence she would later claim was, in effect, a confession to murder because she knew Ms. Shephard would emphatically refute that claim. That leaves unanswered the following question: why did Crown counsel’s provocative and potent submission go unchallenged by defence counsel and the trial judge? There is the seed of an explanation in the following.

[111] The judge provided the jury with his own summary of Crown counsel's address to the jury. This summary was thorough, except it overlooked Crown counsel's submission that Ms. Shephard had, in her direct examination, included herself in the killing of Baylee Wylie. The judge then read a summary of the prosecution's case that Crown counsel prepared at his invitation:

In the early hours of December the 17th, 2015, a fire was intentionally set to the residence of Marissa Shephard, where the body of Baylee Wylie was found. Doctor Naseemuddin conducted an autopsy. He concluded that the final cause of death was multiple sharp force injuries. Devin Morningstar was arrested. He provided a detailed account of what took place. He was alert, coherent and completely aware of the situation when he provided his statements. Noel, Shephard and Morningstar elaborated a plan to kill Baylee Wylie. The victim was lured into the basement where they stabbed him on numerous occasions. While Morningstar was holding Wylie, Shephard and Noel stabbed the victim. In order to destroy the evidence, they tried to burn [...] the residence. Shephard spread an accelerant on the box spring that was covering the body of Wylie, where a fire was lit. A highly publicized warrant had issued for the arrest of Marissa Shephard and RCMP officers were actively looking for her. Two and a half months later, Shephard was arrested on March 1st, 2016, upon being seen by Constable Arsenault. She started walking in a different direction. When the police spoke to her, she immediately provided a false name. She was also wearing large sunglasses, a tuque and a hood. This is exactly what you would expect from a person who is trying to evade the police for serious crimes. The Crown submits that there is no other explanation. Morningstar was telling the truth. He placed Shephard at the scene and as an active participant in the murder and the arson. The Morningstar statements were not self-serving. He stated exactly what he did, what Noel did and what Shephard did. It is the Crown's position that Marissa Shephard was a full participant in this joint endeavor. The Crown submits that Shephard clearly had the intention and knowledge to commit the murder. The plan was clear, Baylee Wylie could not leave 96 Sumac alive. Further, the evidence also clearly establishes that Baylee Wylie was unlawfully confined in 96 Sumac Street. It is therefore the Crown's position that the evidence proves beyond a reasonable

doubt that Shephard is guilty of first degree murder and arson.

[112] Similarly, the defence provided a summary of its position, which the judge also read to the jury:

In December 2015, Marissa June Shephard was a twenty year old single mother of a young child with an increasingly serious drug problem. For a time, she left the New Brunswick Housing unit assigned to her at 96 Sumac Street, and went to reside with her child in an in-law suite at her parents' residence in Riverview. She had previously rekindled her relationship with Baylee Wylie, the victim, in the summer of 2015. They both worked as escorts and had each other's back. Baylee Wylie secretly occupied the unit at her parents' residence with Marissa June Shephard until her mother discovered this and gave Marissa June Shephard an ultimatum to kick Baylee Wylie out or leave. At that point, Marissa June Shephard, her child and Baylee Wylie, returned to 96 Sumac which was a mess from having been occupied by friends of hers who themselves had serious drug problems. Leading up to the date of Baylee Wylie's death, friends came and went from 96 Sumac and there was rapid drug consumption. Eventually, only four people remained at Sumac Street being Marissa June Shephard, Baylee Wylie, Devin Morningstar and Tyler Noel. On December the 16th, 2015, Marissa June Shephard's mother picked up her son at Marissa June Shephard's request given her rapid descent into serious drug use. By that time, Marissa June Shephard's foot had been cut on broken glass. Later in the day and into the evening, there were some disputes between Baylee Wylie and both Devin Morningstar and Tyler Noel regarding Baylee Wylie's claim that he had engaged in sexual activity with Tyler Noel within the prior days and with Devin Morningstar in the years before. The dispute continued in the upper bedroom during which Tyler Noel hit Baylee Wylie repeatedly, which ended when Marissa June Shephard threw a bong and hit Baylee Wylie accidentally in the head and he bled. Marissa June Shephard left 96 Sumac for two escort calls. When she returned to the unit to freshen up after her first call, everything appeared okay. The males were smoking pot together. When she returned from the second call, Baylee Wylie had been stabbed repeatedly. She

retreated to her bedroom, upstairs, in shock and afraid. Devin Morningstar and Tyler Noel continued their assault on Baylee Wylie downstairs, eventually taking his life. Tyler Noel and Devin Morningstar decided if there was no body, there would be no crime and set about burning the house. Marissa June Shephard sat at the bottom of the stairs and did not object. Once the house was fully involved, she left the residence in the same car as Tyler Noel and Devin Morningstar after Devin Morningstar had called his friend Claude LeBlanc for a ride. Out of fear for her own safety, she stayed with Tyler Noel and Devin Morningstar and chose not to report the incident to police. Marissa June Shephard did not participate in either the murder or the arson.

[113] As can be readily discerned, Crown counsel did not indicate to the judge in her summary that she was relying on the sentence “we’re not killing anybody else, Tyler” as a sworn admission by Ms. Shephard of participation in Baylee Wylie’s killing. Crown counsel had to know defence counsel and the judge had missed her oral submission to that effect, and its inclusion in her written summary risked attracting unwanted challenges. Indeed, there can be only one explanation for the defence and trial judge’s common omission to deal with this potentially pivotal argument: neither grasped the thrust of the argument, perhaps because they were focusing on Crown counsel’s written summary.

[114] Ultimately, the jury was left with Crown counsel’s unchallenged oral submission that Ms. Shephard had “in her own words [...] included herself in the killing of Baylee Wylie”. That alleged confession offered a straightforward path to a finding of guilt, bypassing the need for an in-depth analysis and correct understanding of seemingly complex technical evidence and its link to circumstantial evidence. It also provided significant comfort in settling on a verdict of guilty of first degree murder that otherwise would have had to rest on the hearsay out-of-court evidence of an unsavoury witness.

[115] There is no gainsaying the impropriety and significance of Crown counsel’s submission, and the trial judge’s omission to address this critical issue

constitutes an error of law, which resulted in a denial of Ms. Shephard's constitutional right to a fair trial.

V. Conclusion and Disposition

[116] As explained in the body of these reasons, the trial judge committed various errors of law in his charge and in allowing the jury to hear and consider inadmissible and highly prejudicial evidence. He also erred in law in failing to appropriately deal with Crown counsel's improper submission to the jury that Ms. Shephard had "in her own words [...] included herself in the killing of Baylee Wylie". The latter error, by itself, compels reversal because it denied Ms. Shephard a fair trial, a wrong that can only be remedied by setting aside the convictions and ordering a new trial. We so order.

LA COUR

I. Introduction et aperçu

[1] À la mi-décembre 2015, Tyler Noel, Devin Morningstar, Baylee Wylie et l'appelante, Marissa Shephard, se sont rencontrés chez cette dernière pour se divertir en consommant de la drogue. Malheureusement, comme c'est souvent le cas lorsqu'il y a consommation de drogues dures, les forces du mal étaient au rendez-vous, cherchant des vies à détruire. Au fil des heures, une rencontre amicale a dégénéré dans la paranoïa, la violence et la cruauté pour aboutir au meurtre et au crime d'incendie. Dans les mois qui ont suivi, M. Noel, M. Morningstar et M^{me} Shephard ont été accusés du meurtre au premier degré de Baylee Wylie et d'avoir mis le feu aux lieux d'habitation sans égard pour la vie humaine.

[2] M. Noel a plaidé coupable à des accusations de meurtre au deuxième degré et d'incendie criminel et il a été condamné pour le meurtre à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 16 ans. M. Morningstar a plaidé non coupable, mais il a été déclaré coupable par un jury de meurtre au premier degré et d'incendie criminel. Il a été condamné pour le meurtre à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. La preuve indique qu'ils avaient tous deux un mobile pour mettre à mort Baylee Wylie.

[3] Après avoir plaidé non coupable, M^{me} Shephard a subi son procès, où elle a été déclarée coupable et condamnée pour les deux accusations par une cour composée d'un juge et d'un jury. Pour l'acte criminel de meurtre, elle a été condamnée, ainsi que l'exige la loi, à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. Baylee Wylie avait 18 ans lorsqu'il est décédé; Marissa Shephard avait 20 ans.

[4] Chacun le sait, la simple présence sur les lieux d'un crime n'est pas suffisante pour établir la responsabilité criminelle. Le défaut de fournir de l'aide à la victime d'une agression, si grave soit-elle, n'est pas suffisant non plus pour établir la responsabilité criminelle. La question à trancher au procès n'était pas de savoir si M^{me} Shephard était une bonne personne, mais bien de savoir si elle avait participé au meurtre de Baylee Wylie et à l'incendie criminel. La preuve matérielle, criminalistique et circonstancielle incriminante est plutôt mince et, à notre avis, il y a lieu de se demander si le poursuivant aurait pu contester avec succès une motion de non-lieu à la clôture de sa preuve si ce n'était la déclaration extrajudiciaire faite par M. Morningstar concernant les événements entourant les infractions criminelles reprochées dans l'acte d'accusation.

[5] Ces événements ont été relatés dans deux déclarations « officielles » faites à la police, la première ayant été faite peu après l'arrestation de M. Morningstar, le 20 décembre 2015, et la seconde, le 22 décembre 2015, celle-ci ayant été faite sous serment et étant appelée communément par les parties une déclaration de type *K.G.B.* (ainsi nommée par renvoi à l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, [1993] A.C.S. n° 22 (QL)). Les deux déclarations ont été enregistrées sur bande audio-vidéo. Dans chacune des déclarations, M. Morningstar a identifié M. Noel comme l'agresseur principal et celui qui a asséné les derniers coups fatals, mais il a reconnu également avoir participé par moments, quoique sous pression, à l'agression de Baylee Wylie, agression qui s'est prolongée sur plusieurs heures. Pour les fins qui nous occupent plus spécifiquement, certaines parties des déclarations officielles impliquent M^{me} Shephard dans les infractions criminelles; elles contiennent aussi des éléments de preuve inadmissibles et très préjudiciables et qui ont très peu de valeur probante, si tant est qu'elles en aient.

[6] M. Morningstar a refusé de témoigner au procès de M^{me} Shephard. À la suite d'un voir-dire, le juge a appliqué le cadre analytique adopté par la majorité des juges dans l'arrêt *R. c. Bradshaw*, 2017 CSC 35, [2017] 1 R.C.S. 865, et il a conclu que le poursuivant avait établi les conditions préalables à l'admissibilité des déclarations officielles de M. Morningstar pour la véracité de leur contenu. Toutefois, il a jugé que le

poursuivant n'avait pas rempli les conditions préalables à l'admissibilité des déclarations faites par M. Morningstar pendant qu'il était sous garde, lors d'une conversation qu'il avait eue avec un policier banalisé qui se présentait comme un détenu attendant de comparaître en cour pour répondre à des accusations criminelles. Le juge a admis en preuve cette conversation uniquement afin qu'elle soit utilisée par la défense pour souligner certaines incohérences dans les déclarations officielles, l'un des éléments de preuve présentés par la défense pour contester la fiabilité des déclarations.

[7] M^{me} Shephard n'a pas témoigné au voir-dire, mais elle a témoigné devant le jury et admis au cours de son interrogatoire principal qu'elle avait été présente durant la commission de certains actes d'agression contre Baylee Wylie et lorsque ce dernier avait été tué, mais qu'elle avait eu trop peur pour intervenir. Elle a nié avoir quelque motif que ce soit de blesser Baylee Wylie, qu'elle avait connu depuis son enfance et pour qui elle avait de l'affection. Elle a contesté chacune des allégations faites dans les déclarations officielles de M. Morningstar, qui lui attribuait certains actes et certains propos en lien avec la perpétration des crimes. La substitut du procureur général s'est abstenue de contre-interroger M^{me} Shephard sur la plupart des éléments de son témoignage, notamment sur trois sujets qu'elle a mentionnés dans son exposé final afin d'attaquer la crédibilité de M^{me} Shephard.

[8] De nombreux éléments de preuve matérielle et documentaire ont été soumis à l'examen du jury, entre autres des rapports d'experts et des transcriptions volumineuses des déclarations officielles de M. Morningstar. Le jury a aussi entendu des témoignages au cours de la majeure partie de deux semaines, entre autres les témoignages suivants : (1) le témoignage d'expert sur un vaste éventail de sujets (ADN, éclaboussures de sang, étendue et quantité des blessures subies par Baylee Wylie et cause du décès de celui-ci); (2) les déclarations officielles de M. Morningstar (6 heures d'enregistrement sur CD); et (3) le témoignage de M^{me} Shephard, qui a duré plus d'une journée en première instance. Le jury a entendu également les exposés des avocats et les directives étendues et exhaustives données au jury par le juge, qui se sont poursuivies jusque tard dans la soirée du 7 mai 2018.

[9] Le jury a tenu ses délibérations le matin suivant, puis il est revenu en salle d'audience après le dîner et a rendu un verdict de culpabilité pour les actes criminels reprochés.

[10] Certains éléments de preuve présentés par les parties, surtout par la substitut du procureur général, étaient inadmissibles en raison de leur effet préjudiciable sur l'équité du procès, effet qui dépassait de beaucoup une quelconque valeur probante. Qui plus est, dans son exposé final, la substitut du procureur général a invité le jury à rendre un verdict de culpabilité du fait que, au cours de son interrogatoire principal, M^{me} Shephard s'était [TRADUCTION] « incluse comme participante au meurtre de Baylee Wylie ». Cette observation, qui était potentiellement déterminante, était injustifiée dans le contexte et très injuste. Qu'à cela ne tienne, elle a échappé à l'avocat de la défense ainsi qu'au juge et ni l'un ni l'autre n'ont traité celle-ci sur-le-champ ou plus tard. Manifestement, le silence de l'avocat de la défense ne saurait se justifier par des motifs « tactiques » ou « stratégiques » : la solution de l'autruche en réaction aux questions épineuses n'a pas sa place en litige.

[11] Comme nous le verrons et l'expliquerons plus loin, le juge a commis des erreurs de droit en donnant ses directives au jury et en permettant au jury d'entendre une preuve inadmissible et préjudiciable et d'en tenir compte dans ses délibérations. Pareillement, il a commis une erreur de droit en omettant de traiter comme il se devait de le faire l'observation inappropriée faite au jury par la substitut du procureur général, selon laquelle M^{me} Shephard [TRADUCTION] « en ses propres mots, [s'était] incluse comme participante au meurtre de Baylee Wylie ». Cette erreur, à elle seule, justifie l'infirmité des déclarations de culpabilité.

II. Questions en litige en appel

[12] Dans son avis d'appel, M^{me} Shephard sollicite un nouveau procès en alléguant que le juge du procès a commis les erreurs de droit suivantes : (1) il a appliqué l'arrêt *Bradshaw* de manière erronée en concluant que les déclarations officielles faites

par M. Morningstar s'inscrivaient dans l'exception raisonnée à la règle interdisant l'admission du oui-dire; et (2) il n'a pas donné les directives appropriées au jury concernant le défaut de contre-interroger M. Morningstar, ainsi que concernant l'effet de la règle établie dans *Browne c. Dunn*, [1893] J.C.J. No. 5 (Ch. des lords, Angl.) (QL), sur le défaut de la substitut du procureur général de contre-interroger M^{me} Shephard sur des sujets soulevés dans son exposé final pour mettre en doute la crédibilité de M^{me} Shephard.

[13] À l'audience tenue en juin 2019, la Cour a fait savoir à la substitut du procureur général qu'il n'était pas nécessaire qu'elle fasse des observations sur le deuxième moyen d'appel. La Cour est par la suite revenue sur cette décision et a fait parvenir une note aux avocats pour leur demander des observations supplémentaires sur ce moyen d'appel et sur les préoccupations concernant l'équité du procès qui étaient ressorties de l'audience. Les parties ont déposé des observations supplémentaires et l'audition de l'affaire a repris le 14 août 2019; à cette occasion, les deux parties ont confirmé que les directives régissant les débats qui ont été énoncées dans *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, avaient été respectées et elles se sont lancées dans un débat animé et approfondi sur toutes les questions en litige, particulièrement celles portant sur l'équité du procès.

[14] Ces questions, qui ont été élaborées en détail dans les observations supplémentaires écrites et orales, ont surgi en raison des facteurs suivants : (1) la directive du juge au jury dans laquelle il a fait un parallèle entre les déclarations officielles de M. Morningstar et un témoignage fait sous serment ou par affirmation solennelle rendu au procès; (2) sa directive au jury selon laquelle il pouvait tenir compte de l'entretien tenu en prison entre l'agent banalisé et M. Morningstar afin de déterminer, le cas échéant, le poids, la crédibilité et la fiabilité devant être accordés aux déclarations officielles de M. Morningstar; (3) l'observation faite par la substitut du procureur général, que ni le juge ni l'avocat de la défense ne semblent avoir comprise, selon laquelle M^{me} Shephard, en interrogatoire principal, avait admis avoir participé au meurtre, « aveu » au sujet duquel la substitut du procureur général n'a pas contre-interrogé

M^{me} Shephard et que celle-ci n'a donc pas eu la possibilité d'expliquer; et (4) la preuve préjudiciable inadmissible que le jury a entendue concernant le mauvais tempérament de M^{me} Shephard, son attitude violente, sa propension à la violence et la probabilité qu'elle mente au sujet de sa participation. Incidemment, nous faisons remarquer que, à la différence de la règle 62 des *Règles de procédure* (« Appels en matière civile devant la Cour d'appel »), la règle 63, qui s'applique aux appels en matière criminelle comme celui dont il s'agit en l'espèce, n'empêche pas nécessairement d'invoquer des moyens non soulevés dans l'avis d'appel. Cette règle plus souple et plus indulgente se justifie facilement, compte tenu de l'intérêt en matière de liberté qui entre en jeu dans ce type d'appels.

[15] Quoi qu'il en soit, même si la substitut du procureur général admet que des erreurs ont été commises au procès, elle soutient que ces erreurs sont sans conséquence. Qui plus est, elle soutient qu'il n'y a aucun fondement aux moyens d'appel soulevés par M^{me} Shephard et que la note adressée aux avocats ne révèle aucune atteinte au droit à un procès équitable que garantit à M^{me} Shephard la *Charte*. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, en toute déférence, nous ne sommes pas de cet avis. Cela dit, nous nous empressons d'ajouter que ni l'une ni l'autre des avocates ayant comparu en appel ne représentaient les parties au procès. Ainsi, aucune des observations faites par la Cour au sujet de la conduite du procès n'est dirigée contre elles. En effet, leur contribution à la discussion en appel a sensiblement accru notre compréhension des questions importantes.

III. Contexte

[16] Nous entamons cette partie en faisant une mise en garde : nous ne tirons aucune conclusion de fait au sujet de la responsabilité criminelle, cette tâche appartenant à bon droit au juge des faits dans le cadre d'un nouveau procès. Dans les présents motifs, nous cherchons uniquement à fournir un contexte général afin de faciliter la compréhension des déclarations faites par M. Morningstar, du témoignage de M^{me} Shephard, des directives données au jury, des observations et des exposés finaux faits au jury, ainsi que de nos conclusions de droit. Comme dernière observation

préliminaire, nous ajouterions ceci : la présente affaire soulevait des défis épineux pour le juge du procès, et bien trop souvent il a dû relever ces défis sans aide appropriée de la part des avocats au procès et ces avocats devront assumer une part du blâme pour l'issue de l'affaire en appel.

[17] Au moment de la perpétration des infractions décrites dans l'acte d'accusation, M^{me} Shephard occupait à location l'unité mitoyenne d'un triplex. Son unité consistait en un sous-sol et deux niveaux. Les chambres étaient au niveau supérieur et la cuisine et la salle de séjour, au rez-de-chaussée. L'adresse de voirie de son unité était le 96, rue Sumac, à Moncton, au Nouveau-Brunswick.

[18] M^{me} Shephard a un jeune fils. Il se trouvait au 96, rue Sumac jusqu'à ce que la mère de M^{me} Shephard passe le chercher, le 16 décembre 2015, quelque temps avant le début de l'agression perpétrée contre Baylee Wylie.

[19] M^{me} Shephard travaillait dans l'industrie du sexe, tout comme Baylee Wylie. Les deux consommaient des drogues dures et la preuve indique qu'elle était toxicomane. Nous en profitons ici pour souligner un principe juridique incontournable : le choix de métier et le mode de vie de M^{me} Shephard ne sauraient la priver de son droit à un procès équitable. Pareillement, la décision de Baylee Wylie de grossir les rangs des travailleurs de l'industrie du sexe et le mode de vie qu'il a choisi ne sauraient justifier, de quelque manière que ce soit, les sévices violents et la torture qu'il a subis ainsi que son meurtre.

[20] M. Noel était un trafiquant de drogues et il a apporté au 96, rue Sumac une forte quantité de drogues dures. Il a aussi apporté une carabine de calibre .22. La preuve indique qu'elle n'était pas chargée et que M. Noel n'avait pas de munitions. Quoique la carabine soit mentionnée dans les déclarations officielles de M. Morningstar et qu'elle ait pu avoir été utilisée pour asséner des coups à Baylee Wylie, celui-ci n'a subi aucune blessure par balle.

[21] M^{me} Shephard connaissait M. Noel depuis des années. Elle a rencontré M. Morningstar seulement quelques jours avant le meurtre de Baylee Wylie.

[22] Pendant qu'ils se trouvaient au 96, rue Sumac, Baylee Wylie, M^{me} Shephard, M. Noel et M. Morningstar ont consommé de grandes quantités de diverses drogues dures. Cette consommation importante de drogues explique peut-être la difficulté, entre autres choses, que semble avoir eue M. Morningstar à fournir des détails sur les événements survenus avant, pendant et après le meurtre de Baylee Wylie.

[23] M^{me} Shephard a témoigné que, le 16 décembre 2015, Baylee Wylie lui avait montré des photos sur son Blackberry de lui-même et de M. Noel s'adonnant à une fellation et qu'elle avait supprimé ces photos de crainte que M. Noel les voie et devienne violent. M^{me} Shephard a témoigné que Baylee Wylie est par la suite devenu [TRADUCTION] « insolent », rappelant à M. Morningstar leurs relations sexuelles antérieures et taquinant sans cesse M. Noel au sujet de leurs relations sexuelles de la veille au soir. Selon M^{me} Shephard, ces commentaires ont rendu furieux et M. Noel et M. Morningstar, déclenchant une vive attaque, à coups de poing surtout, contre Baylee Wylie. M^{me} Shephard a témoigné que l'agression, qui s'est produite dans sa chambre, a finalement cessé lorsque Baylee Wylie a commencé à saigner du front après que, se trouvant à une certaine distance des hommes, elle a lancé une pipe à eau [un *bong*], frustrée par le fait que MM. Noel et Morningstar ne répondaient pas à ses protestations. La pipe à eau est un accessoire servant à la consommation de drogues.

[24] M^{me} Shephard a témoigné qu'elle avait quitté le 96, rue Sumac à deux reprises dans la soirée du 16 décembre 2015 pour avoir des relations sexuelles avec des clients payants, laissant Baylee Wylie seul avec MM. Noel et Morningstar. À son retour, après sa première absence, elle a constaté que tout le monde semblait s'entendre. Toutefois, lorsqu'elle est revenue de sa seconde sortie, la situation avait radicalement changé; Baylee Wylie était gravement blessé. Prise de panique, M^{me} Shephard s'est rendue en courant à sa chambre à l'étage, où elle est demeurée jusqu'aux derniers coups

de l'agression sans relâche de Baylee Wylie. Quand elle est redescendue de sa chambre, il était mort.

[25] La preuve indique que Baylee Wylie a été agressé dans la chambre de M^{me} Shephard, au rez-de-chaussée et au sous-sol. Il a été frappé à coups de poing et à coups de pied, étranglé et frappé au moyen d'une canne à rideaux et d'une pipe à eau, parmi les quelques armes utilisées. Il a été poignardé plus de cent fois au moyen d'un couteau ou de plusieurs couteaux, ainsi qu'au moyen d'un morceau de miroir cassé. Nous signalons en passant qu'aucun élément de preuve matérielle ou médico-légale ne lie M^{me} Shephard à la perpétration des crimes. Plus précisément, les empreintes digitales et l'ADN de M^{me} Shephard ne se trouvaient sur aucune des armes. En effet, son ADN n'a été trouvé qu'à un seul endroit, soit aux alentours de son portique arrière au rez-de-chaussée du bâtiment situé au 96, rue Sumac, où, selon son témoignage, M^{me} Shephard aurait reçu une coupure au pied en marchant sur de la vitre cassée.

[26] Les coups de couteau ont commencé et se sont poursuivis très longtemps au sous-sol. Malgré ses blessures graves, Baylee Wylie a réussi à grimper l'escalier jusque dans la salle de séjour et il se peut qu'il ait tenté de sortir par la porte arrière avant de s'écraser sur un divan, où il a été poignardé sans relâche par M. Noel qui, semble-t-il, était sans maîtrise aucune. Baylee Wylie est mort peu avant 4 h, le 17 décembre 2015.

[27] Peu après, on a mis le feu au logement de M^{me} Shephard, ainsi qu'à un sommier à ressorts dont on avait recouvert le corps de Baylee Wylie, puis on a quitté les lieux. Un ami de M. Morningstar, Claude LeBlanc, est passé prendre M^{me} Shephard, M. Noel et M. Morningstar vers 4 h et les a conduits à la résidence de ce dernier.

[28] À cet endroit, M. Noel a observé M. Morningstar s'entretenir en privé avec Bailey Fillmore, et il s'est inquiété du fait qu'il ait pu discuter avec elle des événements survenus au 96, rue Sumac. M. Noel a informé M^{me} Shephard qu'il songeait sérieusement à tuer M. Morningstar et Bailey Fillmore pour les empêcher de partager avec d'autres ce qui s'était passé au 96, rue Sumac. En interrogatoire principal,

M^{me} Shephard a déclaré qu'elle s'était opposée au plan meurtrier de M. Noel, parce qu'elle [TRADUCTION] « ne voulais[t] pas que quelqu'un d'autre meure ». Elle se rappelle avoir dit à M. Noel [TRADUCTION] « non, on tue personne d'autre, Tyler », après que celui-ci lui eut dit : [TRADUCTION] « Tu vas devoir m'aider asteur. »

[29] M^{me} Shephard a témoigné qu'elle avait quitté la résidence de M. Morningstar, accompagnée de M. Noel, M. Morningstar et Bailey Fillmore. Les quatre ont été plus tard filmés sur bande vidéo à un dépanneur, et ils semblaient interagir de manière amicale. Par la suite, M^{me} Shephard a accompagné M. Noel à divers endroits, où d'autres drogues ont été consommées. Elle a témoigné également qu'elle n'avait pas eu le courage de se livrer à la police, avant son arrestation le 1^{er} mars 2016, parce qu'elle craignait pour sa vie si elle tentait de le faire. De plus, elle a témoigné que, durant la majeure partie de cette période, elle avait été séquestrée sans contact avec l'extérieur, et qu'elle avait été droguée et violée par des personnes qu'elle ne connaissait pas et qui se trouvaient sur les lieux, qui ne lui étaient pas du tout familiers et qu'elle n'a pas décrits avec précision dans son témoignage, mais qui se situaient probablement à l'extérieur de Moncton. Au voir-dire, le juge ne disposait pas de cette preuve de séquestration.

[30] Étant donné qu'elles sont au cœur de la preuve du ministère public et de l'appel, les déclarations faites à la police par M. Morningstar doivent recevoir une attention particulière. Sa première déclaration (la déclaration faite après mise en garde) a duré plus de 3,5 heures. Elle a débuté à 18 h 21, le 20 décembre 2015, peu après son arrestation. Il a été interrogé par le caporal James MacPherson, du Service régional de Codiak de la GRC, à Moncton. M. Morningstar avait déjà exercé son droit à l'assistance d'un avocat et sa déclaration a été enregistrée sur bande audio-vidéo. Il n'a pas prêté serment, mais il a été averti du fait que tout ce qu'il dirait pourrait être admis en preuve. L'entrevue a pris fin à 21 h 59. La transcription de l'entrevue s'étend sur 124 pages.

[31] Une fois terminée sa déclaration après mise en garde, M. Morningstar a été amené à sa cellule au détachement de Codiak de la GRC, où un agent banalisé a aussi été placé. Leur conversation a été enregistrée sur bande audio et elle a duré environ une

heure et quinze minutes. De toute évidence, il n'a pas prêté serment ou reçu une mise en garde avant cet enregistrement subreptice. La transcription de la conversation s'étend sur 21 pages. Certaines parties de la conversation impliquent M^{me} Shephard dans des aspects du meurtre et de l'incendie criminel. On pourrait dire que certaines parties de la conversation vont à l'encontre des déclarations officielles. Il ne faut pas oublier que la conversation avec l'agent banalisé a été admise en preuve non pas pour établir la véracité de son contenu, mais bien dans le but limité d'aider la défense à contester la fiabilité des déclarations officielles.

[32] La seconde déclaration officielle de M. Morningstar (la déclaration de type *K.G.B.*) a été faite à la police le 22 décembre 2015, au centre de détention de Shediac. Le caporal Laurent Lemieux et le caporal MacPherson se sont rendus au centre de détention afin d'interroger M. Morningstar. À 15 h 15, le caporal Lemieux a commencé l'entrevue enregistrée sur bande vidéo. M. Morningstar a été averti des conséquences découlant du fait de mentir à la police, soit qu'il pourrait être accusé de parjure, d'entrave à la justice ou de méfait public, ou de toutes ces infractions. Lors de cette entrevue, il a juré de dire la vérité. L'entrevue a duré environ 2,5 heures et a pris fin à 17 h 45. La transcription de cette entrevue s'étend sur 80 pages.

[33] Certaines parties de la déclaration faite après mise en garde et de la déclaration de type *K.G.B.* impliquent M^{me} Shephard dans certains aspects de l'agression de Baylee Wylie et de l'incendie criminel. Cela dit, il y a des contradictions tant à l'intérieur des déclarations que d'une déclaration à l'autre. Il y a des contradictions aussi entre la conversation tenue en prison avec l'agent banalisé et les déclarations officielles. Dans son exposé final au jury, l'avocat de la défense a souligné un certain nombre de ces contradictions.

[34] Il est incontestable également que plusieurs des observations faites par M. Morningstar dans ses déclarations officielles étaient inadmissibles en application de règles d'exclusion de la preuve autres que celles qui s'appliquent précisément au oui-dire. Certaines de ces observations étaient inadmissibles, car il s'agissait essentiellement d'une

preuve donnée sous forme d'opinion, de spéculation ou de pure conjecture. D'autres étaient inadmissibles, car elles constituaient des attaques préjudiciables au sujet du tempérament de M^{me} Shephard et des commentaires préjudiciables laissant entendre qu'elle avait tendance à être violente et à mentir. Tous reconnaissent que des révisions importantes s'imposaient pour supprimer ces observations inadmissibles et préjudiciables. Malheureusement, aucune révision ni épuration des enregistrements n'a été faite avant de les présenter au jury. Qui plus est, les disques compacts (contenant les déclarations officielles originales non révisées) ont été remis au jury en vue de ses délibérations. Malgré un certain caviardage, les transcriptions fournies au jury contenaient toujours des observations inadmissibles et hautement préjudiciables.

[35] M. Morningstar a témoigné brièvement à l'enquête préliminaire de M. Noel, mais il a refusé de fournir quelque renseignement que ce soit concernant le meurtre de Baylee Wylie ou l'incendie criminel. Le poursuivant espérait, sans toutefois en être certain, qu'il collaborerait davantage au procès de M^{me} Shephard. En conséquence, un voir-dire préalable au procès a été entrepris afin que soit déterminée l'admissibilité des deux déclarations officielles pour établir la véracité de leur contenu, dans l'éventualité simplement où M. Morningstar refuserait de témoigner. Le voir-dire a commencé à l'automne 2017 et, après quelques jours, il a été ajourné jusqu'à la comparution en cour de M. Morningstar.

[36] Le poursuivant a appelé M. Morningstar à témoigner à trois reprises et, chaque fois, ce dernier a été inébranlable dans son refus. Après son troisième refus, le juge a ordonné la reprise du voir-dire. À ce stade, 30 témoins avaient déjà témoigné et de nombreux éléments de preuve matérielle avaient été reçus comme pièces au procès proprement dit. Avec le consentement de l'avocat de la défense, la preuve présentée au procès a été admise pour les fins du voir-dire.

[37] Selon la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par oui-dire, une déclaration incriminante pour l'accusé, qui est faite en l'absence de ce dernier et qui est présentée pour établir la véracité de son contenu, ne peut faire partie du

dossier de la preuve que si le juge du procès est convaincu que la déclaration est suffisamment fiable et que son admission est nécessaire. Le juge a conclu que le refus de M. Morningstar de témoigner était suffisant pour satisfaire au critère de la nécessité, et personne n'a contesté cette conclusion. En conséquence, le voir-dire était centré, à bon droit, sur la question du *seuil* de fiabilité, tant la fiabilité d'ordre procédural que la fiabilité substantielle, et le juge a examiné et tranché cette question en appliquant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Bradshaw*. Ainsi qu'il a été mentionné, M^{me} Shephard n'a pas témoigné au voir-dire. Elle n'a pas non plus appelé de témoin.

[38] Dans sa décision, le juge s'est d'abord penché sur la question de la fiabilité d'ordre procédural. Parmi les observations qu'il a faites à ce sujet, le juge s'est dit d'avis que la personne ordinaire, même si elle jure sous serment de dire la vérité, rendra habituellement un témoignage qui reflète [TRADUCTION] « ce qu'elle estime être favorable à sa cause ». Tout de suite après avoir exprimé cette appréciation générale, il a conclu que le fait pour M. Morningstar de jurer de dire la vérité ne saurait témoigner de la fiabilité inhérente de sa déclaration. Au bout du compte, le juge a décidé que le poursuivant n'avait pas réussi à établir, par prépondérance des probabilités, que le processus ayant abouti aux déclarations officielles satisfaisait au critère de la fiabilité d'ordre procédural. Il a ensuite procédé à son analyse du critère de la fiabilité substantielle. Ce faisant, le juge a mentionné les quatre étapes isolées par les juges majoritaires dans l'arrêt *Bradshaw* comme constituant les éléments d'une utilisation appropriée de la preuve extrinsèque dans l'appréciation de la fiabilité substantielle.

[39] Premièrement, le juge a cerné les aspects importants des déclarations officielles de M. Morningstar, soit ses assertions selon lesquelles M^{me} Shephard avait participé au meurtre de Baylee Wylie et à l'incendie criminel. Deuxièmement, le juge a tenu compte du danger précis inhérent au oui-dire : il se pouvait que ce soit un mensonge de la part de M. Morningstar. Il a alors conclu qu'il n'y avait aucune preuve [TRADUCTION] « véritable » du fait que M. Morningstar aurait eu un mobile pour incriminer faussement M^{me} Shephard. Troisièmement, en discutant des diverses explications plausibles concernant les aspects importants des déclarations officielles,

autres que la véracité de leur contenu, le juge s'est dit d'accord avec le poursuivant pour dire que de nombreuses observations faites dans les déclarations trouvaient appui dans la preuve matérielle et la preuve testimoniale. Toutefois, il a précisé qu'il devait conclure à la corroboration [TRADUCTION] « non pas du fait que Devin Morningstar sait de quoi il parle » mais [TRADUCTION] « du fait que Marissa June Shephard est impliquée. » En dernier lieu, en décidant si, compte tenu des circonstances de l'affaire, la preuve corroborante avait écarté [TRADUCTION] « ces autres explications, de sorte que la seule explication plausible de la déclaration est la véracité du déclarant au sujet [des] aspects importants, ou l'exactitude de ces aspects », le juge a pris soin de ne pas préjuger de la fiabilité en dernière analyse. Il a reconnu que, lorsqu'elle apprécie le seuil de fiabilité, la cour doit se demander « si un contre-interrogatoire en cour du déclarant au moment où il a fait sa déclaration aurait été utile au processus judiciaire », et qu'il n'est justifié de conclure que le seuil de fiabilité substantielle est atteint que si d'autres explications plausibles des aspects importants de la déclaration (à part la véracité de son contenu) sont rejetées.

[40] La preuve importante présentée au voir-dire relativement à la question de la fiabilité substantielle peut être regroupée en deux catégories : (1) la preuve tendant à identifier M^{me} Shephard comme la personne de sexe féminin qui a quitté le 96, rue Sumac, à 4 h, le 17 décembre 2015; et (2) la preuve de son comportement pendant et après les événements, laquelle a été présentée comme preuve circonstancielle de culpabilité.

[41] Premièrement, le juge a conclu que des éléments de preuve corroboraient les déclarations de M. Morningstar qui plaçaient M^{me} Shephard au 96, rue Sumac au moment du meurtre et de l'incendie criminel. Claude LeBlanc a témoigné qu'il était allé prendre trois personnes au 96, rue Sumac, à 4 h, le 17 décembre 2015, afin de les conduire à un autre endroit. Selon M. LeBlanc, les trois personnes étaient M. Morningstar, une personne de sexe masculin qu'il ne connaissait pas et qui a été identifiée plus tard comme M. Noel, et une personne de sexe féminin qu'il a identifiée en interrogatoire principal comme M^{me} Shephard, mais qu'il a hésité à identifier ainsi en

contre-interrogatoire. Le juge était convaincu que la preuve décrite ci-après établissait que M^{me} Shephard était probablement la femme dont il s'agissait : (1) Bailey Fillmore a témoigné avoir vu M^{me} Shephard, Baylee Wylie, M. Morningstar et M. Noel ensemble, au 96, rue Sumac, durant les quelques jours qui ont précédé le meurtre; (2) Patricia Mandy, qui habitait le 98, rue Sumac, l'une des trois unités adjacentes du triplex, a témoigné avoir entendu une voix de femme vers 18 h 30, le 16 décembre, soit à l'heure environ où la première agression aurait été commise sur la personne de Baylee Wylie; (3) les dossiers de la Société d'habitation du Nouveau-Brunswick, la propriétaire du 96, rue Sumac, montrent que cette unité était louée par M^{me} Shephard; (4) Claude LeBlanc a témoigné qu'il avait compris d'un ou de quelques-uns des occupants qui quittaient le 96, rue Sumac, que ces derniers [TRADUCTION] « s'esquivaient pour ne pas payer le loyer »; (5) Bailey Fillmore a témoigné qu'elle était allée chez M. Morningstar le 17 décembre, en après-midi, et que M^{me} Shephard, M. Morningstar et M. Noel s'y trouvaient; (6) par la suite, les interactions amicales, semble-t-il, de ces personnes ont été captées sur la vidéo de surveillance d'un dépanneur. Le juge a conclu que ces éléments de preuve avaient tendance à établir [TRADUCTION] « le fait que, à tout le moins, Marissa June Shephard est la femme qui a quitté le 96, rue Sumac, accompagnée de Devin Morningstar et de Tyler Noel à 4 heures. »

[42] Deuxièmement, le juge a reconnu que le comportement qu'a eu M^{me} Shephard après son départ du 96, rue Sumac, constituait une preuve circonstancielle du fait qu'elle avait probablement participé, dans une certaine mesure, au meurtre de Baylee Wylie et à l'incendie criminel. De l'avis du juge, une personne innocente, qui venait tout juste d'être témoin du meurtre d'un ami et de voir son logement ravagé par les flammes aurait appelé sans délai les autorités (police, service d'incendie) et rapporté les dommages au propriétaire du logement. M^{me} Shephard n'a rien fait de cela. Au lieu de cela, tel qu'il a été indiqué, une vidéo de surveillance la montre plus tard ce jour-là en compagnie des tueurs et des incendiaires. Finalement, le juge, qui n'avait pas encore entendu le témoignage de M^{me} Shephard, qui affirmait avoir été séquestrée sans moyen de communiquer avec quelqu'un de l'extérieur, a conclu qu'elle devait forcément être au courant du mandat d'arrestation qui avait été délivré contre elle et qui avait fait l'objet

d'une forte publicité, mais qu'elle avait choisi de fuir et de ne pas se livrer à la police, changeant plutôt son apparence et fournissant une fausse identité à la police lorsque celle-ci a finalement pu mettre la main sur elle. Selon le juge, ce comportement est [TRADUCTION] « exactement celui auquel on s'attendrait d'une personne qui avait participé au meurtre et à l'incendie criminel ».

[43] Au bout du compte, le juge a accepté que la seule explication plausible des aspects importants des déclarations officielles était la véracité de leur contenu. Cette conclusion sous-tend sa décision selon laquelle le poursuivant avait satisfait à la norme d'admissibilité établie dans l'arrêt *Bradshaw*.

[44] En même temps, dans son dernier exposé au jury, le juge a qualifié M. Morningstar de témoin douteux. Il a ensuite avisé les jurés qu'ils devraient agir avec [TRADUCTION] « hésitation ou réserve » et ne pas prendre M. Morningstar [TRADUCTION] « sur parole », mais qu'ils devraient tenter d'isoler [TRADUCTION] « une forme de confirmation extérieure ou extrinsèque de ces descriptions faites à la police ». Le juge a poursuivi en disant :

[TRADUCTION]

En effet, vous devriez examiner les dépositions d'autres témoins ou examiner d'autres éléments de preuve aussi, notamment les pièces présentées, qui sont des sources autres que Devin Morningstar, avant de décider de faire foi aux déclarations faites à la police par Devin Morningstar [...] dans ses deux entrevues officielles. [...] [N']oubliez pas la personne qui a fait ces descriptions, Devin Morningstar, ce qu'il représente pour vous et les circonstances dans lesquelles il parlait à la police.

Le juge a terminé en dressant une liste non exhaustive des éléments de preuve dont le jury pourrait tenir compte afin de déterminer si des facteurs extrinsèques confirmaient la description des événements clés faite par M. Morningstar.

[45] De façon plus générale, dans son exposé final au jury, et en étant très juste envers chaque partie, le juge a résumé la preuve avant de répéter les éléments qu'il avait retenus des exposés faits par le ministère public et la défense respectivement. Fait important, il n'a pas mentionné, et encore moins commenté, les observations faites au jury par la substitut du procureur général voulant que M^{me} Shephard ait avoué, en interrogatoire principal, avoir participé au meurtre de Baylee Wylie. Après avoir fourni sa propre interprétation des observations faites par les avocats, le juge a lu au jury le résumé préparé par les avocats de leurs observations respectives. L'aveu qui aurait été fait sous serment par M^{me} Shephard concernant sa participation au meurtre de Baylee Wylie n'est pas mentionné dans le résumé de la substitut du procureur général.

[46] Le jury a délibéré pendant une période relativement courte avant de rendre des verdicts de culpabilité à l'égard des infractions reprochées.

IV. Analyse et décision

[47] Dans les pages qui suivent, nous examinons les allégations contenues dans l'avis d'appel de M^{me} Shephard au sujet d'erreurs commises, avant d'aborder spécifiquement, pour terminer, les directives données au jury et la question qui est au centre du présent appel : l'équité du procès.

A. *L'application erronée de l'arrêt Bradshaw (moyen d'appel n° 1)*

[48] Selon la méthode d'analyse raisonnée établie dans l'arrêt *K.G.B.*, le oui-dire est admissible comme preuve de la véracité de son contenu s'il satisfait au double critère de nécessité et de fiabilité. La décision concernant l'admissibilité se fait par suite « d'un examen souple effectué au cas par cas » : *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 21. Quoique l'admissibilité soit une question de droit qui doit être contrôlée, le cas échéant, en fonction de la norme de la décision correcte, il faut faire preuve de retenue non seulement à l'égard des conclusions de faits

qui ont servi de fondement à la décision, mais aussi, en l'absence d'une erreur de principe, à l'égard de la conclusion quant au seuil de fiabilité : *Youvarajah*, par. 31.

[49] M^{me} Shephard n'affirme pas que le juge du procès a commis une erreur en déterminant les principes applicables. En effet, elle reconnaît que le juge a bien isolé la norme d'admissibilité applicable selon l'arrêt *Bradshaw* et le rôle que cet arrêt attribue à la preuve corroborante pour que la cour puisse déterminer l'admissibilité selon la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par oui-dire. De plus, elle ne soutient pas que le cadre d'analyse judiciaire adopté dans l'arrêt *Bradshaw* ou, par ailleurs, quelque élément que ce soit de cet arrêt, n'est plus de droit constant. Elle ne cherche pas à faire valoir non plus que ses arguments à l'encontre de l'admissibilité des déclarations officielles trouvent appui dans l'arrêt récent *R. c. Larue*, 2019 CSC 25, [2019] A.C.S. n° 25 (QL). M^{me} Shephard affirme tout simplement que la décision rendue par le juge sur la question de l'admissibilité est fondée sur des conclusions de fait insoutenables et sur des éléments de preuve qui ne satisfont pas au critère de corroboration énoncé dans l'arrêt *Bradshaw*. C'est la seule objection qui nous a été présentée concernant l'admissibilité des déclarations officielles dans leur ensemble.

[50] Il serait indiqué maintenant de faire un résumé utile des faits de l'arrêt *Bradshaw*. Une enquête secrète appelée opération Monsieur Big faisait partie de l'enquête policière sur deux meurtres et, au cours de cette enquête secrète, l'un des suspects, Roy Thielen, a avoué à un agent banalisé sa participation à l'un des meurtres et a impliqué un deuxième suspect, Robert Bradshaw, dans l'autre. À la suite de son arrestation, M. Thielen avait initialement nié toute participation aux meurtres. Toutefois, après avoir été informé de l'opération Monsieur Big, il a changé d'avis et fourni à la police deux déclarations enregistrées décrivant en détail les circonstances des meurtres et identifiant M. Bradshaw comme l'un des meurtriers. En conséquence, M. Bradshaw a été accusé sous deux chefs de meurtre au premier degré.

[51] Au procès, M. Thielen a refusé de témoigner. Par conséquent, l'admissibilité des déclarations, particulièrement les parties qui incriminaient

M. Bradshaw, a été soulevée comme question à trancher. Elle a finalement été réglée en faveur du poursuivant et M. Bradshaw a été déclaré coupable sous les deux chefs. Saisie de l'appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il n'avait pas été satisfait au critère de la fiabilité substantielle et, partant, que les déclarations étaient inadmissibles. La Cour a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Par suite d'un pourvoi subséquent devant la Cour suprême du Canada, ce résultat a été confirmé.

[52] Dans les motifs qu'elle a rédigés au nom des juges majoritaires, la juge Karakatsanis a fait remarquer que, même si le oui-dire est présumé inadmissible compte tenu des dangers que présente ce type de preuve, il peut être admis en preuve s'il respecte le critère du seuil de fiabilité. Le seuil de fiabilité est établi en fonction de facteurs procéduraux et substantiels conçus pour aider la cour à décider si, rationnellement, la preuve présentée est suffisamment fiable pour surmonter les dangers traditionnellement associés au oui-dire, notamment l'impossibilité de mettre à l'épreuve et d'évaluer la perception, la mémoire, la façon de relater les faits ou la sincérité du déclarant : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 2.

[53] La fiabilité d'ordre procédural est établie lorsqu'il existe d'autres solutions « adéquates » par rapport au contre-interrogatoire en cour du déclarant de la preuve par oui-dire. S'agissant de déclarations faites à la police, les solutions de rechange suivantes sont utilisées couramment : serment de dire la vérité, liste des conséquences graves du fait de mentir, contre-interrogatoire du déclarant dans un autre milieu et enregistrement des déclarations. Quoiqu'une certaine forme de contre-interrogatoire soit « habituellement nécessaire » (*Bradshaw*, par. 28), son absence n'entraîne pas systématiquement une conclusion défavorable quant à la fiabilité d'ordre procédural.

[54] Dans l'arrêt *Bradshaw*, la majorité a confirmé que la preuve ne peut être jugée corroborante que si elle porte sur la véracité ou l'exactitude des aspects importants de la déclaration relatée (par. 45). M^{me} Shephard soutient que cette condition préalable ne peut être remplie qu'au moyen d'une preuve directe établissant sa participation à la

perpétration des actes criminels reprochés. Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis. Selon nous, une preuve circonstancielle, considérée en contexte et de façon cumulative, peut constituer la corroboration recherchée. Toutefois, un juge ne pourra se fonder sur la preuve en cause que « si celle-ci, considérée globalement dans les circonstances de l'espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ceux-ci » (par. 44) et que ces aspects importants « ne sont pas susceptibles de changer lors d'un contre-interrogatoire » (par. 47). Le changement envisagé n'est pas le genre de changement qui pourrait découler d'un faux témoignage, mais un changement qui viendrait de la correction d'une erreur ou de la révision d'une fausseté. Autrement, rien n'empêcherait que des aspects importants changent lors d'un contre-interrogatoire.

[55] Quoi qu'il en soit, la majorité de la Cour a énoncé les étapes que les juges doivent suivre pour déterminer si une preuve extrinsèque par rapport à la déclaration relatée est une preuve corroborante servant à établir la fiabilité de la déclaration :

- (1) cerner les aspects importants de la déclaration relatée qui sont présentés pour établir la véracité de leur contenu;
- (2) cerner les dangers spécifiques du oui-dire que posent ces aspects de la déclaration dans les circonstances particulières de l'affaire;
- (3) en fonction des circonstances et de ces dangers, envisager d'autres explications de la déclaration, qui peuvent même être conjecturales;
- (4) décider si, compte tenu des circonstances de l'affaire, la preuve corroborante présentée au voir-dire a écarté ces autres explications, de sorte que la seule explication plausible de la déclaration est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ces aspects. [Par. 57]

En l'espèce, le juge a mentionné et suivi ces étapes. Il a conclu que la seule explication plausible des aspects importants des déclarations officielles était la véracité des assertions

faites par M. Morningstar et l'exactitude de ces aspects importants. Dans son premier mémoire, M^{me} Shephard a affirmé que le juge du procès avait omis [TRADUCTION] « de se demander s'il avait été satisfait à la norme établie dans l'arrêt *Bradshaw* ». De toute évidence, cette plainte n'est pas fondée.

[56] M^{me} Shephard soutient également que le juge a tiré des conclusions de fait qui ne sont pas étayées par la preuve. Elle vise principalement la conclusion selon laquelle M. Morningstar n'avait aucune raison de mentir en l'incriminant. Elle affirme que M. Morningstar avait bel et bien un mobile pour agir de la sorte, parce qu'il [TRADUCTION] « était mécontent du fait qu'elle l'avait quitté ». La conclusion du juge au sujet d'un mobile est une conclusion de fait qui doit être confirmée, à moins qu'il ait commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve pertinente. M^{me} Shephard n'a pas réussi à établir l'existence d'une telle erreur. À vrai dire, il y a des éléments de preuve qui étayaient la conclusion tirée par le juge du procès.

[57] M^{me} Shephard affirme aussi que le juge a tenu compte d'une preuve qui n'était pas pertinente pour l'analyse du seuil de fiabilité.

[58] Comme premier argument à ce sujet, elle soutient que le juge a commis une erreur en considérant comme preuve corroborante l'auto-incrimination de M. Morningstar dans ses déclarations officielles, sa condamnation pour meurtre au premier degré et incendie criminel, ainsi que le plaidoyer de culpabilité de M. Noel à l'égard des accusations de meurtre au deuxième degré et d'incendie criminel. La réponse simple à cet argument est que, même s'il a fait mention de ces faits, le juge a précisé qu'ils n'avaient aucun effet sur son analyse fondée sur l'arrêt *Bradshaw*. En conséquence, il n'est pas nécessaire de décider si ces facteurs pouvaient à bon droit entrer en ligne de compte comme « circonstances de l'affaire ».

[59] Comme deuxième argument sur ce point, M^{me} Shephard soutient que le juge a commis une erreur en concluant à l'uniformité des aspects importants des deux déclarations officielles et, subsidiairement, elle soutient que le juge a commis une erreur

en considérant ce facteur comme preuve corroborante de la description faite dans ces déclarations du rôle de M^{me} Shephard dans la perpétration des actes criminels. Il va sans dire que le juge, voire le jury, pouvait conclure à l'existence d'incohérences entre les déclarations officielles et dans le contenu même de chacune d'elle. Cela dit, la question est de savoir si le juge a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les déclarations étaient compatibles. Nous concluons que non.

[60] En effet, il est permis de dire que les divergences dans les déclarations officielles sont insignifiantes, étant donné la décision apparente de M. Morningstar de cesser de se protéger lui-même et de protéger M^{me} Shephard contre toute responsabilité criminelle, et de donner un compte rendu exact des événements entourant les crimes commis au 96, rue Sumac. S'agissant des divergences entre les déclarations officielles, il est permis de dire qu'elles se trouvent dans les détails périphériques et non dans la description essentielle du rôle de M^{me} Shephard dans la perpétration des crimes. Ainsi, le juge pouvait conclure à la compatibilité entre les aspects importants des déclarations.

[61] Par surcroît, nous ne sommes pas convaincus que la compatibilité fondamentale des déclarations, selon la description donnée ci-dessus, n'aurait pas dû être prise en ligne de compte dans les circonstances particulières de la présente affaire. Après tout, la plupart des gens conviendraient qu'il est peu probable que M. Morningstar, délinquant primaire âgé de 20 ans, se trouvant dans un environnement tendu où il subissait la pression exercée par des interrogateurs expérimentés de la police qui le poussaient à dire la vérité, possédait l'acuité nécessaire pour décrire faussement, de manière assez constante, les aspects essentiels du rôle de M^{me} Shephard dans les actes criminels commis au 96, rue Sumac. S'il avait menti en incriminant M^{me} Shephard, ses déclarations auraient vraisemblablement été incompatibles plutôt que le contraire. Nous terminons l'examen de la question de la compatibilité des déclarations en soulignant que les incohérences soulevées par M^{me} Shephard au voir-dire, au procès et en appel, et qu'on pourrait décrire comme étant d'importance mineure, ont été mises en relief dans l'exposé du juge au jury et dans l'exposé final de l'avocat de la défense comme motif justifiant le rejet, pour manque de fiabilité, des parties incriminantes des déclarations officielles.

[62] Comme troisième argument à l'encontre de la corroboration, M^{me} Shephard soutient que le juge a commis une erreur de droit en tenant compte des contacts, antérieurs et postérieurs aux événements, de M^{me} Shephard avec MM. Noel et Morningstar, de son défaut de se livrer à la police pendant une période de plus de deux mois, malgré la diffusion étendue d'un mandat d'arrestation à son égard, et de la fausse identité fournie par elle au moment de son arrestation. Selon elle, ces événements n'étaient pas pertinents pour trancher la question du seuil de fiabilité. Encore une fois, nous devons avec égards exprimer notre désaccord. Lorsqu'ils sont évalués en contexte et selon leur effet cumulatif, les actes et les omissions décrits ci-dessus pouvaient être considérés par le juge comme des éléments de preuve circonstancielle tendant à établir la participation de M^{me} Shephard aux actes criminels commis au 96, rue Sumac. Il s'ensuit que nous ne sommes pas convaincus que le juge a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a pris en ligne de compte ces actes et ces omissions en déterminant le seuil de fiabilité.

[63] Quoi qu'il en soit, nous partageons l'avis exprimé par le procureur général dans son mémoire selon lequel le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a complètement écarté le serment prêté par M. Morningstar de dire la vérité dans sa déclaration de type *K.G.B.* Cette erreur viendrait du fait que le juge ne disposait d'aucune preuve pour justifier sa conclusion selon laquelle le serment prêté par M. Morningstar n'avait pour lui aucune valeur. À défaut d'une preuve dans ce sens, le juge devait prendre en ligne de compte le serment prêté par M. Morningstar dans son analyse du seuil de fiabilité.

[64] À notre avis, malgré l'omission de mettre à l'épreuve, par voie de contre-interrogatoire, les aspects importants des déclarations officielles, au procès ou dans d'autres instances, la procédure suivie pour recueillir les déclarations officielles présente des éléments qui militent en faveur de l'atteinte d'un seuil de fiabilité. Parmi les éléments principaux, il y a le fait que M. Morningstar a juré sous serment de dire la vérité dans sa déclaration de type *K.G.B.*, l'enregistrement sur bande audio-vidéo du contenu en entier des déclarations officielles et l'avertissement donné au sujet des conséquences

découlant du fait de mentir. Même si ces éléments peuvent ne pas être suffisants pour établir en l'espèce la fiabilité d'ordre procédural, ils « peuvent aller de pair » avec des facteurs militant en faveur de la fiabilité substantielle pour déterminer si le seuil de fiabilité requis est atteint : *Bradshaw*, par. 32.

[65] Ainsi qu'il a été constaté dans l'arrêt *Fredericks c. R.*, 2018 NBCA 56, [2018] A.N.-B. n° 211 (QL), les éléments afférents aux deux types d'analyse de la fiabilité « peuvent se conjuguer pour écarter les dangers spécifiques du oui-dire qu'une déclaration peut présenter, même dans une situation où ni la fiabilité d'ordre procédural ni la fiabilité substantielle n'aurait suffi individuellement » (par. 77). La conclusion du juge concernant la fiabilité substantielle fondée sur des éléments de preuve corroborants trouve appui dans les éléments de fiabilité d'ordre procédural mentionnés ci-dessus.

[66] Toutes choses bien considérées, notamment la norme de contrôle applicable, la décision rendue par le juge concernant l'admissibilité de la preuve doit être confirmée. Il va sans dire que cette décision ne donnait pas carte blanche pour présenter en preuve certaines observations de M. Morningstar qui étaient inadmissibles en application d'autres règles d'exclusion de la preuve. Ainsi qu'il a été mentionné, une épuration importante des déclarations s'avérait nécessaire. Nous reviendrons sur ce point dans notre évaluation de l'équité du procès.

B. *L'omission de fournir au jury des directives appropriées sur l'importance du fait que M. Morningstar n'avait jamais été contre-interrogé (moyen d'appel n°2)*

[67] Dans les directives qu'il a données à la mi-procès, le juge a expliqué au jury que [TRADUCTION] « fait très important », les personnes qui témoignent en cour [TRADUCTION] « se prêtent à un contre-interrogatoire ». Dans son exposé final, le juge a dit aux jurés d'observer le comportement de M. Morningstar pendant ses déclarations sur bande audio-vidéo, compte tenu du fait qu'ils n'avaient pas eu la possibilité d'observer son comportement en cour et que, [TRADUCTION] « à la différence des autres personnes qui avaient rendu un témoignage oral en cour, Devin Morningstar n'a

pas pu être contre-interrogé par l'avocat de la défense ». Dans son résumé de la thèse de la défense, le juge a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'avocat de la défense termine en vous rappelant que, contrairement à ce qui s'est produit dans le cas de Devin Morningstar, personne dont la version des faits le poursuivant vous demande d'accepter pour rendre vos verdicts, la défense a appelé à témoigner l'accusée, Marissa Shephard. En conséquence, la défense a fait en sorte que l'accusée se prête à un contre-interrogatoire mené par le poursuivant, offrant à celui-ci la possibilité de mettre à l'épreuve sa version des faits autant qu'il le souhaitait, et le poursuivant n'a pas saisi cette occasion. Qu'à cela ne tienne, le poursuivant vous demande maintenant d'accepter la version des faits de Devin Morningstar et de rejeter celle de Marissa June Shephard. Je vous rappelle encore une fois ce que je vous ai très souvent rappelé et répété, savoir que vous devez toujours garder à l'esprit qu'il incombe au poursuivant de prouver hors de tout doute raisonnable que Marissa June Shephard a participé aux crimes qu'elle est accusée d'avoir commis.

[68] Ces directives étaient suffisantes et équitables. Ce moyen d'appel est sans fondement.

C. *L'omission du ministère public de donner à M^{me} Shephard la possibilité de traiter en contre-interrogatoire certains aspects de son interrogatoire principal sur lesquels le poursuivant s'est fondé par la suite pour attaquer sa crédibilité (moyen d'appel n° 2)*

[69] Dans son mémoire, l'appelante soulève trois sujets que la substitut du procureur général n'aurait pas dû aborder dans son exposé final pour attaquer la crédibilité de M^{me} Shephard, puisqu'elle ne lui avait pas donné la possibilité de se prononcer sur ces sujets en contre-interrogatoire : (1) son ADN dans le sang découvert aux environs du portique arrière; (2) le manque de renseignements vérifiables concernant les sorties qu'elle dit avoir faites avec des [TRADUCTION] « clients » alors même

qu'avaient lieu certaines des agressions commises sur la personne de Baylee Wylie; et (3) le fait qu'elle affirmait ne rien savoir du mandat d'arrestation délivré contre elle. M^{me} Shephard soutient que la règle établie dans *Browne c. Dunn* interdisait à la substitut du procureur général de mettre en doute sa crédibilité.

[70] En réponse, le procureur général a soutenu en premier lieu que la règle établie dans *Browne c. Dunn* n'est pas pertinente en l'espèce, parce qu'elle s'applique uniquement lorsque la partie qui mène le contre-interrogatoire a l'intention d'attaquer la crédibilité d'un témoin [TRADUCTION] « en présentant une preuve contraire » (le soulignement est de nous). À l'appui de cette interprétation restreinte de la règle, le procureur général invoque notamment l'arrêt *R. c. Verney*, [1993] O.J. No. 2632 (C.A.) (QL), motifs rendus par le juge d'appel Finlayson. De l'avis du procureur général, la règle établie dans *Browne c. Dunn* exige que la partie qui mène le contre-interrogatoire donne au témoin la possibilité de se prononcer au sujet d'une preuve présentée ultérieurement qui contredit le témoin sur un point essentiel. En toute déférence, cette interprétation restreinte est incompatible avec la règle telle qu'elle a été formulée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Browne c. Dunn*. Voici quels étaient les faits saillants de cette affaire.

[71] M. Browne avait intenté à Cecil W. Dunn, un avocat, une action pour libelle. M. Browne soutenait que le libelle était exprimé dans le mandat de représentation en justice que M^e Dunn avait rédigé et fait signer à ses « clients ». À première vue, le document autorisait M^e Dunn à intenter des poursuites contre M. Browne pour diverses transgressions décrites dans le document. Au procès, M. Browne a soutenu que le mandat de représentation était un faux mandat dont le seul but était de le diffamer. Il a obtenu gain de cause devant le jury, qui lui a accordé des dommages-intérêts. Toutefois, la Cour d'appel a annulé le verdict et M. Browne a interjeté appel devant la Chambre des lords. Elle aussi a rejeté son appel.

[72] L'une des signataires du mandat de représentation, E. Cooke, avait témoigné au procès en faveur de M. Browne. Elle a témoigné avoir signé le mandat de

représentation sans le lire. Les autres signataires, sauf pour un qui n'a pas témoigné, avaient témoigné en faveur de M^e Dunn. Ils ont témoigné que M. Browne s'était rendu coupable de transgression contre eux et qu'en conséquence ils avaient consulté M^e Dunn à ce sujet et lui avaient donné des directives, ce qui avait nécessité la rédaction et la signature d'un mandat de représentation en justice. L'avocat de M. Browne n'avait contre-interrogé aucun des signataires dont le témoignage visait à confirmer le recours de bonne foi au mandat de représentation. Fait important, rien n'indiquait dans l'exposé des faits de Leurs Seigneuries que M. Browne avait fait savoir son intention d'appeler des témoins pour contredire le témoignage des signataires qui avaient témoigné en faveur de M^e Dunn. Quoi qu'il en soit, M. Browne n'a appelé personne pour contredire ces témoins.

[73] Manifestement, dans l'affaire *Browne c. Dunn*, il n'était pas question de la contradiction de témoignages au moyen d'une preuve « présentée ultérieurement ». M. Browne a simplement demandé au jury, dans l'exposé final de son avocat, de ne pas accorder de crédibilité aux témoignages des signataires quant à la légitimité du mandat de représentation. Selon le lord chancelier Herschell, la règle dite de la confrontation, comme certains l'appellent dans la jurisprudence, s'applique [TRADUCTION] « lorsqu'un avocat entend suggérer qu'un témoin ne dit pas la vérité sur un point en particulier » (par. 2). La règle doit être appliquée chaque fois qu'on entend [TRADUCTION] « mettre en doute le témoignage d'une personne », formule générale que le lord chancelier a utilisée sans laisser entendre de quelque manière que ce soit que la règle s'appliquait uniquement lorsqu'il s'agit de mettre en doute un témoignage au moyen d'un témoignage « ultérieur » qui vient le contredire. Il a ajouté qu'il [TRADUCTION] « n'était pas loisible à l'éminent avocat [de M. Browne] de demander au jury de n'accorder aucune crédibilité » aux signataires qui avaient témoigné pour la défense (par. 4). Lord Halsbury partageait cet avis, tout comme les autres lords d'ailleurs, et il a dit : [TRADUCTION] « À mon avis, rien ne pourrait être plus totalement injuste que de ne pas contre-interroger des témoins sur leur déposition pour leur donner avis, et leur offrir l'occasion de s'expliquer, et bien souvent de défendre leur propre moralité, puis, après les avoir privés d'une telle occasion, d'ensuite demander au jury de ne pas

ajouter foi à ce qu'ils ont dit, même si aucune question n'a été posée relativement à leur crédibilité ou à l'exactitude des faits à propos desquels ils ont témoigné » (par. 16) (le soulignement est de nous).

[74] En plus du fait qu'elle est incompatible avec la règle établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn*, l'interprétation restrictive préconisée dans l'arrêt *Verney* priverait les accusés, dans presque toutes les instances, de la protection de cette règle. En effet, si la règle ne s'applique à l'égard du poursuivant que dans les cas seulement où il entend présenter une preuve contraire, elle n'entrerait en jeu que dans les cas rares où il est permis de présenter une contre-preuve. Par conséquent, si la règle ne devait pas s'appliquer à l'égard du poursuivant qui n'a pas l'intention de présenter une preuve contraire, il serait loisible à ce dernier, dans presque toutes les instances, de s'engager en toute impunité dans la voie même que vise à interdire la règle. Pareil résultat est inacceptable.

[75] Dans l'arrêt *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.R. 193, la Cour suprême du Canada a défini la règle, quoiqu'elle l'ait fait en *obiter dictum*, comme obligeant la partie qui mène le contre-interrogatoire à donner avis au témoin du fait qu'elle a l'intention de mettre en doute son témoignage (par. 64). Soyons clairs : la Cour n'a pas limité la possibilité de mettre en doute le témoignage en question à la présentation « ultérieure » d'une preuve contraire. Voici ce qu'a dit la Cour :

[...] La règle établie dans *Browne c. Dunn* oblige l'avocat à prévenir les témoins dont il entend mettre en doute la crédibilité ultérieurement. La justification de cette règle a été expliquée ainsi par lord Herschell, aux p. 70-71 :

[TRADUCTION] [...] Bien, vos Seigneuries, je ne peux m'empêcher d'affirmer qu'il m'apparaît absolument essentiel au déroulement régulier d'une instance, lorsqu'un avocat entend suggérer qu'un témoin ne dit pas la vérité sur un point en particulier, d'attirer l'attention de ce témoin sur ce fait en lui posant en contre-interrogatoire certaines questions indiquant qu'on fera cette imputation, et

non d'accepter son témoignage et d'en faire abstraction comme s'il était absolument incontesté puis, lorsqu'il lui est impossible d'expliquer – ce qu'il aurait peut-être pu faire si ces questions lui avaient été posées – les circonstances qui, prétend-on, montrent que sa version des faits ne doit pas être retenue, de soutenir qu'il n'est pas un témoin digne de foi. Vos Seigneuries, il m'a toujours semblé que l'avocat qui entend mettre en doute le témoignage d'une personne doit, lorsque cette personne se trouve à la barre des témoins, lui donner l'occasion d'offrir toute explication qu'elle est en mesure de présenter. De plus, il me semble qu'il ne s'agit pas seulement d'une règle de pratique professionnelle dans la conduite d'une affaire, mais également d'une attitude essentielle pour agir de façon loyale envers les témoins. On souligne parfois le caractère excessif du contre-interrogatoire auquel un témoin est soumis, reprochant à ce contre-interrogatoire d'être abusif. Toutefois, il me semble qu'un contre-interrogatoire mené par un avocat péchant par excès de zèle peut se révéler beaucoup plus équitable pour le témoin que le fait de ne pas le contre-interroger puis de suggérer qu'il ne dit pas la vérité, je veux dire sur un point à l'égard duquel il n'est par ailleurs pas clair qu'il a été pleinement informé au préalable qu'on entendait mettre en doute la crédibilité de sa version des faits.

Bien qu'elle vise à faire en sorte que les témoins et les parties soient traités équitablement, cette règle n'a pas un caractère absolu. La mesure dans laquelle elle est appliquée est une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire. Voir *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.R. 759, p. 781-782; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 954 et 957. Quoi qu'il en soit, la règle susmentionnée établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn* demeure un principe valable d'application générale, bien qu'elle ne soit pas pertinente pour la question dont était saisi le juge du procès en l'espèce. [Par. 64 et 65]

[Le soulignement est de nous.]

[76] Dans l'ouvrage intitulé *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd. (Toronto : Thomson Reuters, 2019), le champ d'application de la règle établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn* est décrit comme étant large :

[TRADUCTION]

Une partie qui entend attaquer la crédibilité d'un témoin, soit au moyen d'une preuve contraire, soit simplement dans son exposé final au juge des faits, devrait en règle générale offrir au témoin la possibilité de traiter ou d'expliquer la question au sujet de laquelle sa crédibilité est attaquée. En termes simples, le témoin devrait être confronté en contre-interrogatoire sur toute question importante au sujet de laquelle sa crédibilité sera attaquée. L'omission de le faire *peut* réduire la valeur probante de la preuve de cette partie et donner un recours à la partie adverse qui a appelé le témoin. [P. 21-109]

[Le soulignement est de nous.]

Cette description de la règle concorde avec notre interprétation de celle-ci.

[77] Il n'y a pas de doute que la règle établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn* s'applique aux cas où la partie qui mène le contre-interrogatoire entend présenter une preuve contraire. Toutefois, avec égards, nous sommes d'avis que sa portée est plus large que cela. La raison d'être de cette règle est de prévenir toute injustice envers le témoin, envers la partie adverse et, certains diraient, envers le juge des faits. Son application serait déclenchée chaque fois que la partie qui mène le contre-interrogatoire entend demander au juge des faits de ne pas ajouter foi à des témoins sur un point au sujet duquel leur témoignage n'a pas été contesté, mais sur lequel elle se fonde pour mettre en doute leur crédibilité, ce que la partie qui a appelé ces témoins n'aurait pas pu raisonnablement prévoir (voir *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, 426 R.N.-B. (2^e) 1, par. 92 à 96, autorisation de pourvoi refusée à [2014] C.S.C.R. n° 496 (QL); *Crowley c. R.*, 2015 NBCA 61, 441 R.N.-B. (2^e) 146; *Mockler c. Nouveau-Brunswick et autres*, 2019 NBCA 50, [2019] A.N.-B. n° 170 (QL), par. 76; et *R. c. Hart* (1932), 23 Cr. App. R. 202 (C.A.), à la p. 207). Comme il est expliqué dans l'arrêt *Lyttle*, le juge du procès a un

large pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'équité et déterminer si la règle entre en jeu et, dans l'affirmative, pour établir la réparation appropriée en cas d'atteinte.

[78] Subsidiairement, le procureur général conteste l'application de la règle établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn* dans les cas où, comme en l'espèce, la partie qui mène l'interrogatoire (principal) sait que la partie adverse met en doute la crédibilité du témoin, et qu'elle connaît ou devrait connaître les moyens qui pourraient justifier cette mise en doute. Le procureur général fait remarquer que, dans *Browne c. Dunn*, le lord chancelier a pris soin d'exclure la nécessité de confronter le témoin dans les situations où il est [TRADUCTION] « par ailleurs [...] clair [que le témoin] a été pleinement informé au préalable qu'on entendait mettre en doute la crédibilité de sa version des faits. » Le lord chancelier a aussi dit : [TRADUCTION] « Naturellement, je ne nie d'aucune façon qu'il arrive qu'un témoin ait été informé de façon si claire et certaine et que la question mise en doute soit si évidente qu'il n'est pas nécessaire de perdre du temps à l'interroger à ce sujet. » (Par. 2) Voir aussi *Gillis, Crowley, Mockler*, ainsi que *R. c. I.I.*, 2013 ABCA 2, [2013] A.J. No. 2 (QL), au par. 10. Nous acceptons cet argument.

[79] La règle établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn* n'entrait pas en jeu au sujet des trois points soulevés dans le mémoire de l'appelante : l'ADN de M^{me} Shephard aux environs du portique arrière, le défaut de fournir des renseignements vérifiables concernant son explication selon laquelle elle se trouvait avec des [TRADUCTION] « clients » lorsque certaines parties des agressions ont été commises contre Baylee Wylie, et son ignorance alléguée du fait qu'un mandat d'arrestation avait été délivré contre elle. M^{me} Shephard savait ou aurait dû savoir que le poursuivant allait soulever ces questions pour mettre en doute sa crédibilité et il lui incombait de les traiter à fond au cours de son interrogatoire principal.

D. *L'établissement d'un rapport d'égalité entre les déclarations officielles de M. Morningstar et un témoignage fait en cour sous serment ou sous affirmation solennelle, afin d'établir la valeur probante et la fiabilité de ces déclarations, et*

l'attribution d'une valeur de preuve corroborante aux déclarations faites par M. Morningstar en prison au cours de conversations avec un agent banalisé

[80] Dans ses directives finales au jury, le juge a informé les jurés qu'il leur était [TRADUCTION] « permis de se reporter aux paroles et aux déclarations de Devin Morningstar, ainsi qu'elles figurent dans les deux entrevues officielles, de la même manière et pour les mêmes motifs et objectifs [qu'ils le feraient s'ils les avaient] entendues directement de lui s'il avait témoigné au procès » (le soulignement est de nous). Dans ses directives de mi-procès, le juge a dit aux jurés qu'ils pouvaient se reporter à ces entrevues officielles [TRADUCTION] « pour chercher à obtenir des réponses sur ce qui s'est passé le 16 ou 17 décembre 2015, de la même manière que vous le feriez en vous reportant aux témoignages de tous les témoins que vous avez entendus jusqu'à présent sur la question des événements survenus » (le soulignement est de nous). Dans leurs mémoires supplémentaires et à l'audience du 14 août 2019, les parties ont abordé les questions suivantes : En mettant sur un même pied d'égalité, dans son exposé au jury, la valeur probante et la fiabilité des deux déclarations officielles extrajudiciaires, d'une part, et la valeur probante et la fiabilité de témoignages faits en cour sous serment ou sous affirmation solennelle, d'autre part, le juge a-t-il donné une directive erronée au jury? Dans l'affirmative, la directive erronée est-elle insignifiante, eu égard aux autres parties de l'exposé?

[81] Ni la Cour ni les avocates en appel n'ont été en mesure d'isoler des sources faisant autorité qui concluent au bien-fondé de ce rapport d'équivalence établi par le juge, que ce soit dans les modèles types de directives ou dans la jurisprudence. Ainsi qu'il a été mentionné dans la note adressée aux avocats, à la différence des autres témoins à charge et de M^{me} Shephard, M. Morningstar n'a ni prêté le serment des témoins ni fait une affirmation solennelle et il n'a pas témoigné devant le jury, où tous les regards auraient été tournés vers lui, dans le cadre officiel d'un procès public. Par surcroît, même si le jury a regardé à l'écran la déclaration après mise en garde et la déclaration de type *K.G.B.*, il n'a pas eu la possibilité de voir M. Morningstar témoigner directement devant lui, ni de voir son témoignage mis à l'épreuve en contre-interrogatoire. Il n'a pas non plus

eu la possibilité de lui poser des questions par l'intermédiaire du juge du procès. De plus, la déclaration après mise en garde n'a pas été faite sous serment et certaines des réponses de M. Morningstar ont été données face à des questions suggestives, questions qu'il n'aurait pas été permis de lui poser dans le cadre d'un procès.

[82] Ces différences importantes entre les deux situations (déclarations extrajudiciaires et témoignage en personne devant le jury) démontrent à quel point les deux ne sont pas du tout les mêmes. La valeur probante et la fiabilité d'un témoignage en cour sont incontestablement supérieures. La directive donnée par le juge constitue une directive erronée, et son importance est indéniable, puisqu'elle touche le fondement même de la preuve du ministère public, savoir la fiabilité de l'incrimination extrajudiciaire de M^{me} Shephard par M. Morningstar. Cela étant, s'il s'agissait de la seule erreur commise par le juge, nous ne serions pas disposés à infirmer sa décision, compte tenu d'autres parties de son exposé final qui soulignent certaines des différences entre les circonstances afférentes à la présentation des déclarations officielles de M. Morningstar et celles afférentes à un témoignage devant le jury. À cet égard, nous ne devons pas oublier que le juge a décrit comme étant un [TRADUCTION] « fait très important » le fait que les déclarations de M. Morningstar n'ont pas été mises à l'épreuve par voie de contre-interrogatoire. Nous passons maintenant à la directive concernant l'usage qui pouvait être fait de l'enregistrement en prison de la conversation entretenue entre M. Morningstar et un agent de police banalisé.

[83] Dans ses directives de mi-procès, le juge a informé les jurés qu'ils pouvaient utiliser [TRADUCTION] « l'enregistrement produit lorsque [M. Morningstar] se trouvait avec l'agent banalisé, afin de [les] aider à décider [...] les éléments des deux entrevues officielles auxquels ils ajouteraient foi, le cas échéant ». Dans son exposé final, le juge a dit aux jurés qu'ils pouvaient avoir recours à l'enregistrement fait en prison [TRADUCTION] « comme moyen leur permettant de déterminer le poids, la crédibilité ou la fiabilité qu'il y a[vait] lieu d'accorder ou non, selon [eux], aux propos de Devin Morningstar que renferment les deux déclarations officielles ».

[84] Le poids, la crédibilité et la fiabilité se rapportent à la valeur probante. Bien que les directives données sur l'usage permis de la conversation entre M. Morningstar et l'agent banalisé ne mentionnent pas explicitement la corroboration, elles ont pour effet en réalité de donner à cette conversation un air de valeur corroborante. Voilà le résultat qu'a produit le fait de dire au jury qu'il pouvait utiliser cette conversation aux fins énoncées par le juge du procès.

[85] L'enregistrement fait en prison ne pouvait être utilisé aux fins décrites, soit, essentiellement, comme preuve corroborante, parce qu'il n'avait pas été admis en preuve pour établir la véracité de son contenu; il pouvait uniquement être utilisé, selon la décision du juge sur la question de l'admissibilité, comme moyen pour la défense de contredire les déclarations officielles et, partant, de mettre en doute leur fiabilité. Il devrait aller de soi qu'il y a une différence fondamentale entre (1) le fait de dire aux jurés, comme on pouvait s'y attendre, vu la décision du juge sur la question de l'admissibilité, qu'ils devraient déterminer si l'information contenue dans l'enregistrement de la conversation entre M. Morningstar et l'agent banalisé contredisaient les déclarations officielles et, dans l'affirmative, si ces contradictions étaient suffisantes pour annuler la valeur probante des déclarations officielles; et (2) le fait de dire aux jurés, comme l'a fait le juge du procès, que l'enregistrement pouvait être utilisé [TRADUCTION] « afin de [les] aider à décider [...] les éléments des deux entrevues officielles auxquels ils ajouteraient foi, le cas échéant, » et comme moyen leur permettant de déterminer [TRADUCTION] « le poids, la crédibilité ou la fiabilité » qu'il y avait lieu d'accorder [TRADUCTION] « aux propos de Devin Morningstar que renferment les deux déclarations officielles ». Ces directives sont erronées en droit et vont au coeur même de la preuve du ministère public.

[86] Le procureur général soutient que ces erreurs sont sans conséquence, compte tenu d'autres parties de l'exposé final. Cela n'est pas évident (voir *R. c. LeBlanc*, 2018 NBCA 65, [2018] A.N.-B. n° 237 (QL), par. 50 à 53, et *LeBlanc c. R.*, 2019 NBCA 65, [2019] A.N.-B. n° 238 (QL), par. 75 à 78). Toutefois, notre conclusion sur l'équité du

procès, qui résulte de l'observation inappropriée faite au jury par la substitut du procureur général, élimine le besoin de trancher cette question épineuse.

E. *Équité du procès*

[87] Dans notre système de justice acclamé dans le monde entier, nous jugeons des causes et non des personnes. Qu'il soit riche ou pauvre ou encore bon ou mauvais, chaque accusé a droit à un procès équitable. Devant un jury, le juge président le procès, le substitut du procureur général et l'avocat de la défense ont chacun un rôle essentiel à jouer en veillant à l'équité du procès.

[88] Dans toutes les instances, il incombe au substitut du procureur général d'être exact, juste et sans passion, non seulement lorsqu'il s'adresse au jury, mais également dans sa façon générale de soutenir l'accusation : *Boucher c. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, [1954] S.C.J. No. 54 (QL), et *Pisani c. R.*, [1971] R.C.S. 738, [1970] A.C.S. n° 99 (QL). Dans l'arrêt *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, la Cour suprême a cité avec approbation la « remarque » suivante formulée par le juge Rand dans l'arrêt *Boucher* :

[TRADUCTION]

On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce qu'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

La Cour a poursuivi en disant :

On s'attend de l'avocat de la poursuite qu'il présente avec diligence tous les faits substantiels qui ont une valeur probante, ainsi que toutes les inférences qui peuvent raisonnablement être tirées de ces faits. Toutefois, il n'appartient pas au ministère public de [TRADUCTION] « convaincre le jury de prononcer une déclaration de culpabilité sans fondement » : *R. c. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200 (C.A. Man.), par. 59. Les techniques rhétoriques qui faussent le processus de recherche des faits et les déclarations trompeuses et hautement préjudiciables n'ont pas leur place dans une poursuite pénale. [Par. 79]

[89] Le devoir d'agir de façon juste qui incombe au substitut du procureur général dans sa façon de soutenir l'accusation oblige ce dernier à examiner attentivement et soigneusement la preuve réunie et présentée par la police en vue de la poursuite, et à s'abstenir de présenter au juge des faits une preuve qui, selon ce qu'il sait ou devrait savoir, aura sur le processus décisionnel un effet préjudiciable disproportionné à sa valeur probante. Qui plus est, dans ses observations au jury, le substitut du procureur général doit éviter d'interpréter la preuve de manière inexacte ou injuste. S'il agit avec compétence, ces obligations ne l'empêcheront aucunement de remplir son rôle bien établi de poursuite vigoureuse des affaires au criminel : *G.S. c. R.*, 2009 NBCA 82, 351 R.N.-B. (2^e) 279 (par. 75).

[90] L'arrêt *R. c. A.T.*, 2015 ONCA 65, [2015] O.J. No. 455 (QL), décrit avec justesse la manière de traiter les observations inappropriées qui sont faites par un substitut du procureur général :

[TRADUCTION]

Lorsque des observations inappropriées de la part du substitut du procureur général sont suffisamment préjudiciables, le juge du procès a le devoir d'intervenir et le défaut de le faire est une erreur de droit : *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86, p. 95; *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458, par. 2. Au paragraphe 127 de l'arrêt *Rose*, la Cour suprême a confirmé que « lorsque le juge du procès omet de remédier comme il le doit au préjudice causé par

un exposé manifestement incendiaire, injuste ou comportant des inexactitudes graves, il se pourrait qu'un nouveau procès doive être ordonné » [...].

L'omission par l'avocat de la défense d'élever une objection contre des observations inappropriées faites par le substitut du procureur général n'empêche pas d'obtenir gain de cause en appel : *R. c. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.), par. 38 et 92, décision infirmée pour d'autres motifs à 2001 CSC 6, [2001] 1 R.C.S. 281; *R. c. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143, par. 61; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1308 et 1309. Comme l'a expliqué le juge d'appel Doherty : [TRADUCTION] « Une erreur de droit est une erreur de droit, peu importe que l'avocat omette de s'y opposer ou même appuie la directive erronée » : *R. c. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, par. 97, autorisation de pourvoi refusée à [2010] C.S.C.R. n° 263.

Toutefois, la tenue d'un nouveau procès ne sera pas nécessairement ordonnée si le ministère public fait des observations inappropriées dans son exposé final, même lorsque ces observations ne sont pas corrigées. La question à examiner est de savoir si, dans le contexte de l'ensemble du procès, un tort important a été causé ou une erreur judiciaire grave s'est produite par suite des observations inappropriées et des directives données par le juge à cet égard, ou de l'absence de directives : *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86, p. 95. [Par. 29 à 31]

[91] Pour sa part, l'avocat de la défense a l'obligation de représenter ses clients de manière efficace. S'il manque à son devoir à cet égard, c'est l'équité du procès qui en souffre et l'art. 7 de la *Charte* entre alors en jeu (voir *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, le juge Major). L'article 7 de la *Charte* dispose que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Pour assurer une représentation efficace de ses clients, l'avocat de la défense doit être vigilant et énergique dans sa façon générale de les représenter. Tout particulièrement, il a l'obligation de s'opposer énergiquement à toute inconduite de la part du poursuivant et de solliciter les mesures réparatoires qui s'imposent pour protéger avec efficacité le droit de l'accusé à un procès équitable. Il va sans dire que la représentation efficace exclut toute conduite qui

met en danger l'équité du procès que subit l'accusé. Le fait de poser à l'accusé, en interrogatoire principal, des questions conçues pour obtenir des réponses qui, selon le juge, sont trop préjudiciables pour être entendues par le jury, s'inscrit dans la catégorie de ce qui constitue une conduite interdite.

[92] Qu'à cela ne tienne, il incombe au juge de veiller à l'équité du procès. Il ou elle a la charge de prendre les mesures qui s'imposent à cet égard. En particulier, le juge du procès doit faire tout son possible pour (1) empêcher que le jury entende une preuve qui a peu ou pas de valeur probante et dont l'effet préjudiciable est inacceptable; (2) comprendre les observations faites au jury par les parties; et (3) traiter comme il se doit de le faire les observations inappropriées. Dans la plupart des cas, il suffira au juge de réprimander l'avocat sur-le-champ et en termes nets, en assortissant cette intervention d'une directive réparatrice au jury. L'annulation de procès est une solution de dernier recours.

[93] Dans la présente affaire, le juge a commis des erreurs de droit relatives à la présentation au jury des déclarations officielles de M. Morningstar. Premièrement, il a permis que les enregistrements des déclarations soient entendus par le jury, sans faire supprimer les observations inadmissibles et hautement préjudiciables faites par M. Morningstar, notamment au sujet de ce qui suit: (1) la veille du meurtre, M^{me} Shephard avait utilisé un manche à balai pour intimider et frapper violemment au visage Bailey Fillmore, qu'elle soupçonnait d'avoir tenté de voler son téléphone (l'incident du manche à balai); (2) ses spéculations au sujet de la raison pour laquelle M^{me} Shephard avait appelé sa mère pour lui demander de passer prendre son fils au 96, rue Sumac, savoir qu'elle et M. Noel avaient conçu auparavant, en secret, un plan pour agresser Baylee Wylie et mettre le feu au logement; (3) son opinion selon laquelle M^{me} Shephard aimait les [TRADUCTION] « vilains garnements » et [TRADUCTION] « fréquentait toujours ces types »; (4) le commentaire connexe selon lequel [TRADUCTION] « tous ses ex-amis de cœur sont en prison au moment où on se parle »; (5) le commentaire voulant que le père de M^{me} Shephard ait été un membre des Hell's Angels; et (6) son opinion selon laquelle M^{me} Shephard allait probablement mentir au sujet de sa participation. Même si l'avocat de la défense n'a soulevé aucune objection à

ce que le jury regarde ces enregistrements sur CD, qui contenaient les observations hautement préjudiciables susmentionnées, il n'y a absolument aucune façon de qualifier ce silence d'action « stratégique » ou « tactique ». Ce silence était tout simplement inacceptable.

[94] Deuxièmement, le juge a commis une erreur de droit en fournissant au jury des transcriptions des déclarations officielles qui contenaient, malgré un certain caviardage, des observations préjudiciables et inadmissibles, y compris une description de l'incident du manche à balai et la plupart des autres observations préjudiciables mentionnées ci-dessus. De manière inexplicable, l'avocat de la défense ne s'y est pas opposé. Encore une fois, son silence ne saurait s'expliquer comme moyen stratégique ou tactique. En dernier lieu, le juge a commis une erreur de droit en permettant aux jurés d'emporter dans la salle des délibérations les enregistrements sur CD des déclarations, dans lesquels figuraient toutes les observations inadmissibles et préjudiciables, y compris celles qui avaient été caviardées des transcriptions.

[95] Immédiatement après que le juge eut décidé que les déclarations officielles satisfaisaient à la norme d'admissibilité établie dans l'arrêt *Bradshaw*, l'avocat de la défense avait demandé qu'une épuration soit faite de toutes les observations qui étaient par ailleurs inadmissibles. Le juge a accepté sans hésitation la nécessité d'une révision, mais il a reporté ce processus à une date ultérieure. Malheureusement, et encore une fois de manière inexplicable, l'avocat de la défense a négligé de réitérer sa demande afin que soient faites une révision et une épuration appropriées des déclarations officielles, et la substitut du procureur général, contrairement à ses obligations de veiller, elle aussi, à l'équité du procès, s'est lancée dans la présentation au jury des CD dans leur version intégrale. C'est seulement après la présentation de la majeure partie des enregistrements qu'un problème concernant la révision et l'épuration a été soulevé.

[96] Tant l'avocat de la défense que le juge du procès semblent avoir pris conscience de la gravité de la situation et, ce qui est très possible aussi, de leurs erreurs respectives à l'origine du problème. L'avocat de la défense a rappelé au juge sa demande

antérieure afin que soient révisées et épurées les déclarations officielles. Le juge a répliqué que l'avocat de la défense n'avait pas réitéré sa demande avant la présentation au jury des enregistrements dans leur forme intégrale.

[97] À supposer que l'annulation du procès eut été considérée, elle n'a pas été retenue comme solution. Au lieu de cela, le juge a tenté de remédier à la situation en donnant comme directive au jury d'oublier la preuve préjudiciable qu'il avait entendue. En donnant cette directive, le juge a isolé pour le jury et souligné dans les déclarations officielles non seulement les observations qui étaient inadmissibles, parce qu'elles n'étaient rien de plus que spéculations, opinions ou conjectures, mais aussi celles qui étaient inadmissibles en raison de leur effet excessivement préjudiciable sur le processus décisionnel du jury. Le juge a expliqué que l'incident du manche à balai s'inscrivait dans cette catégorie. Il a dit au jury qu'il était trop compliqué de supprimer les observations contestables des CD et que des transcriptions des déclarations officielles leur seraient fournies, une fois caviardées les parties visées. Le juge a donné comme directive au jury d'oublier les parties caviardées et, pour le cas où les enregistrements sur CD seraient regardés pendant ses délibérations, de suivre plutôt les transcriptions et de sauter les parties des enregistrements sur CD qui correspondaient aux parties noircies dans les transcriptions. Nous avons beau essayer, nous n'arrivons pas à imaginer comment ce processus de délibération pourrait se dérouler sans que les observations préjudiciables figurent au centre de la démarche du jury dans l'examen de l'affaire.

[98] Ainsi que nous l'avons mentionné, le juge a dit au jury qu'il pouvait regarder le contenu des CD en s'aidant des parties transcrites qui n'avaient pas été caviardées. Toutefois, dans les parties non caviardées figuraient en effet les observations inadmissibles et hautement préjudiciables suivantes : (1) une description de l'incident du manche à balai, et il faut dire que, même si toute mention de cet incident avait été supprimée de la déclaration après mise en garde, il figurait toujours dans la déclaration de type *K.G.B.*; (2) M^{me} Shephard allait probablement mentir au sujet de sa participation; (3) M^{me} Shephard aimait les [TRADUCTION] « vilains garnements » et [TRADUCTION] « elle fréquentait toujours ces types » et, par ailleurs, [TRADUCTION]

« tous ses ex-amis de cœur sont en prison au moment où on se parle »; et, enfin, (4) les spéculations concernant quelque vile motif pour le départ de son fils du 96, rue Sumac. Ainsi qu'il est indiqué, le juge a commis une erreur de droit en donnant au jury des transcriptions caviardées dans lesquelles figuraient toujours ces observations inadmissibles et hautement préjudiciables.

[99] À notre avis, la substitut du procureur général n'a pas réussi à démontrer que ces erreurs commises par le juge étaient sans conséquence, étant donné qu'il a dit au jury de faire abstraction des parties des enregistrements sur CD qui avaient été caviardées dans les transcriptions.

[100] Le jury a également entendu un témoignage hautement préjudiciable où une témoin à charge a relaté des déclarations qu'elle affirmait avoir entendu M^{me} Shephard faire au printemps 2017, lorsque les deux se trouvaient ensemble en prison. L'avocat de la défense avait reçu un énoncé de ce que la témoin allait dire; le contenu de l'énoncé est inconnu. La substitut du procureur général n'a pas demandé la tenue d'un voir-dire afin que soit déterminée l'admissibilité du témoignage de cette témoin et l'avocat de la défense n'a pas soulevé d'objection. Le juge n'a eu aucun avertissement de la nature préjudiciable de ce témoignage. À notre avis, compte tenu de la nature manifestement préjudiciable de certains aspects de ce témoignage, la substitut du procureur général a manqué à ses obligations en matière d'équité en omettant de solliciter un voir-dire afin que soit déterminée l'admissibilité du témoignage de cette témoin.

[101] La témoin dont il s'agit a informé le jury qu'en avril ou en mai 2017, en regardant une émission de télévision avec des amies, elle a entendu M^{me} Shephard dire à d'autres détenues : [TRADUCTION] « J'aurais dû lui trancher la queue et la lui fourrer dans le cul ». De toute évidence, cette déclaration n'était pas pertinente pour la question à trancher et elle était hautement préjudiciable du fait qu'elle décrivait un tempérament violent. De manière inexplicable, l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à son admissibilité; il a soulevé une objection uniquement lorsque la substitut du procureur

général a demandé à l'ancienne codétenue de M^{me} Shephard d'expliquer pourquoi cette déclaration l'avait dégoûtée au point de susciter chez elle une réaction violente. Le jury était exclu de la salle d'audience pendant le débat sur cette objection.

[102] Après avoir entendu les parties, le juge a rejeté l'objection de la défense et a rappelé le jury en salle d'audience. La témoin est revenue à la barre et a témoigné brièvement avant que le juge intervienne et demande une fois de plus au jury de se retirer. Il a demandé des explications aux avocats des deux parties concernant l'admissibilité du témoignage en entier de la témoin, étant donné les facteurs suivants : la déclaration entendue n'avait pas été bien située dans son contexte, elle n'était pas pertinente pour la question de savoir si M^{me} Shephard avait participé aux infractions criminelles reprochées, et elle constituait une preuve de moralité hautement préjudiciable, mais sans valeur probante. Après avoir entendu les avocats, le juge a annulé tout le témoignage. Encore une fois, il s'est trouvé obligé de donner au jury la directive de faire abstraction d'un élément de preuve hautement préjudiciable présenté par le poursuivant.

[103] Ainsi qu'il a été mentionné, M^{me} Shephard a témoigné. L'interrogatoire principal a été mené par une collègue de l'avocat principal de la défense. Nous devons présumer qu'elle n'avait pas été mise au courant de la décision du juge selon laquelle toute mention de l'incident du manche à balai était inadmissible, en partie pour cause de son effet préjudiciable sur l'équité du procès. Si étonnant que cela puisse paraître, au cours de l'interrogatoire principal, l'avocate a posé à M^{me} Shephard des questions qui l'obligeaient à témoigner au sujet de l'incident du manche à balai. Le juge aurait dû intervenir pour mettre fin au non-respect par l'avocate de la décision qu'il avait rendue et à cet interrogatoire préjudiciable de M^{me} Shephard. Nous ne pouvons que nous demander ce que le jury a bien pu penser qu'il devait faire de l'incident du manche à balai après avoir entendu ces questions et réponses qui n'avaient suscité aucune intervention. Le juge a commis une erreur de droit en omettant d'intervenir.

[104] Tout au long de son interrogatoire principal, qui a duré une pleine journée, M^{me} Shephard s'est exprimée dans un anglais familier pour rendre son témoignage. À un

moment donné, elle a dit dans son témoignage que M. Noel lui avait fait savoir, quand les deux se trouvaient à la résidence de M. Morningstar, qu'il songeait à tuer M. Morningstar et Bailey Fillmore. M^{me} Shephard a témoigné qu'elle [TRADUCTION] « ne voulai[t] pas que quelqu'un d'autre meure »; elle a donc tenté de convaincre M. Noel de changer d'idée. Elle a dit à M. Noel : [TRADUCTION] « On peut pas faire ça, comme, c'est fou ». À la réplique de M. Noel : [TRADUCTION] « Tu vas devoir m'aider asteur », M^{me} Shephard a répondu : [TRADUCTION] « On le fait pas, point à la ligne ». Plus loin dans son témoignage, elle a dit : [TRADUCTION] « Il veut les tuer tous les deux et rendu là, c'est comme, non, on tue personne d'autre, Tyler, comme, non, c'est pas vrai là [...]. Donc il y a cette conversation où il dit qu'il va tuer » Bailey Fillmore et M. Morningstar (c'est partout nous qui soulignons). Manifestement, l'avocat de la défense n'a pas relevé l'utilisation par M^{me} Shephard des termes anglais « *we're* » [traduit ici par « on », pronom qui, en langue française familière, peut ou non exclure la personne qui parle] et « *else* » [« autre »] dans le passage anglais « *like we're not killing anybody else, Tyler* » [en français, « non, on tue personne d'autre, Tyler »]. Quoi qu'il en soit, l'avocate qui menait l'interrogatoire n'a pas tenté d'obtenir des précisions sur le sens de ces termes et le substitut du procureur général n'a pas donné l'occasion à M^{me} Shephard de s'expliquer en contre-interrogatoire.

[105] Bien entendu, en langue anglaise écrite ou soutenue, le terme « *we* » [en français, « nous »] s'entend de la personne qui parle ou qui écrit et d'une ou de plusieurs autres personnes. Toutefois, en langue anglaise familière, le pronom « *we* » s'entend parfois du pronom « *you* » [en français, « tu » ou « vous »] et, si nous examinons de manière juste le contexte, il est évident que M^{me} Shephard a voulu dire : [TRADUCTION] « Tu ne vas tuer personne d'autre, Tyler ».

[106] Quoi qu'il en soit, dans son exposé final, la substitut du procureur général a fait l'observation suivante au jury : [TRADUCTION] « En fin de compte, Marissa Shephard a parlé de beaucoup de choses, parmi lesquelles de nombreuses ont confirmé la version donnée par Devin Morningstar des événements allant jusqu'au meurtre de Baylee Wylie, mais la chose la plus révélatrice qu'elle a dite est [...], et je

cite : [TRADUCTION] “non, on tue personne d’autre, Tyler”, quand elle était seule avec Tyler Noel et discutait avec lui de la possibilité de tuer Devin Morningstar et Bailey Fillmore. Je suis certaine que vous vous souviendrez de cela. »

[107] Elle a ajouté : [TRADUCTION] « Mesdames et Messieurs, membres du jury, je répéterai encore une fois ce que Marissa Shephard a dit : [TRADUCTION] « “[O]n tue pas personne d’autre” ».

[108] La substitut du procureur général a alors tracé pour le jury une voie simple et directe vers le prononcé d’un verdict de culpabilité : [TRADUCTION] « En ses propres mots, elle s’est incluse dans le meurtre de Baylee Wylie. » Elle a ensuite terminé son exposé final en invitant le jury à [TRADUCTION] « déclarer Marissa June Shephard coupable de l’acte criminel dont elle est accusée ».

[109] Cette observation était inappropriée et injuste. M^{me} Shephard a plaidé non coupable à l’accusation de meurtre de Baylee Wylie. Dans son témoignage, elle a nié avoir participé au meurtre de Baylee Wylie et elle a réfuté chacune des allégations susceptibles de l’incriminer qui avaient été faites par M. Morningstar dans ses déclarations officielles. De plus, elle avait déjà témoigné avoir tenté de convaincre M. Noel d’abandonner son idée de tuer d’autres personnes, parce qu’elle [TRADUCTION] « ne voulai[t] pas que quelqu’un d’autre meure ». Selon nous, elle a voulu dire [TRADUCTION] « tu ne vas pas tuer quelqu’un d’autre, Tyler » quand elle a dit [TRADUCTION] « on tue personne d’autre, Tyler », et elle n’a certainement pas voulu, par ce dernier énoncé, s’inclure comme participante au meurtre de Baylee Wylie. La substitut du procureur général savait cela, mais elle a exploité de façon injuste et inappropriée le mauvais choix de mots de M^{me} Shephard pour faire valoir, essentiellement, qu’elle avait avoué en interrogatoire principal avoir commis un meurtre.

[110] Si la substitut du procureur général avait l’intention de donner à l’énoncé [TRADUCTION] « on tue personne d’autre, Tyler » un sens différent dont l’effet essentiel était de réfuter les dénégations faites sous serment par M^{me} Shephard quant à sa

participation au meurtre de Baylee Wylie, elle avait l'obligation de donner à M^{me} Shephard la possibilité de se prononcer sur cette question en contre-interrogatoire. À notre avis, le respect de cette obligation était exigé par les motifs d'équité qui sous-tendent la règle établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn*, les articles 7 et 11 de la *Charte* et le rôle même du substitut du procureur général en sa qualité de personne au service de la justice. En même temps, nous n'avons pas rangé au placard de nos cabinets de juges notre expérience en litige et notre bon sens, et nous sommes portés à croire que la substitut du procureur général a évité de contre-interroger M^{me} Shephard sur cette partie de son témoignage, qu'elle prétendrait plus tard être effectivement un aveu de meurtre, parce qu'elle savait que M^{me} Shephard allait nier catégoriquement cette affirmation. Il nous reste alors à trouver réponse à la question suivante : pourquoi l'avocat de la défense et le juge ne sont-ils pas intervenus quand la substitut du procureur général a fait cette observation provocatrice et potentiellement convaincante? Les paragraphes qui suivent offrent un soupçon d'explication.

[111] Le juge a lu au jury son propre résumé de l'exposé final fait au jury par la substitut du procureur général. Ce résumé était détaillé, sauf qu'il ne mentionnait pas l'observation faite par la substitut du procureur général selon laquelle M^{me} Shephard s'était incluse, en interrogatoire principal, comme participante au meurtre de Baylee Wylie. Le juge a ensuite lu un résumé de la thèse du ministère public, qu'il avait demandé à la substitut du procureur général de rédiger :

[TRADUCTION]

Au petit matin, le 17 décembre 2015, un incendie criminel a été déclenché à la résidence de Marissa Shephard, où on a découvert le cadavre de Baylee Wylie. Le docteur Naseemuddin a effectué une autopsie. Il a conclu que des blessures multiples résultant de coups violents étaient la cause définitive du décès. Devin Morningstar a été mis en état d'arrestation. Il a donné un compte rendu détaillé des événements. Il était alerte, cohérent et parfaitement conscient de la situation lorsqu'il a fait ses déclarations. Noel, Shephard et Morningstar ont élaboré un plan pour mettre à mort Baylee Wylie. Ils ont attiré la victime au sous-sol où ils l'ont poignardée à répétition. Morningstar maintenait Wylie en place, puis Shephard et Noel le

poignardaient. Afin de détruire la preuve, ils ont tenté d'incendier [...] la résidence. Shephard a versé un accélérateur de feu sur le sommier qui recouvrait le cadavre de Wylie, puis elle a mis le feu. Un mandat d'arrestation ayant fait l'objet d'une forte publicité avait été délivré contre Marissa Shephard et la GRC était activement à la recherche de celle-ci. Deux mois et demi plus tard, le 1^{er} mars 2016, Shephard a été arrêtée après avoir été aperçue par le gendarme Arsenault. En le voyant, elle a commencé à marcher en direction inverse. Le policier s'est adressé à elle et elle lui a immédiatement donné un faux nom. Elle portait de grosses lunettes de soleil, une tuque et un capuchon. C'est exactement ce à quoi on s'attendrait d'une personne qui tente d'échapper à la police pour avoir commis des crimes graves. Le ministère public soutient qu'il n'y a pas d'autre explication. Morningstar disait la vérité. Il a dit que Shephard était présente sur le lieu des crimes et qu'elle avait participé activement au meurtre et à l'incendie criminel. Les déclarations de Morningstar n'étaient pas des déclarations intéressées. Il a décrit exactement ce qu'il a fait, ce que Noel a fait et ce que Shephard a fait. Selon le ministère public, Marissa Shephard a participé activement à cette entreprise conjointe. Il soutient que Shephard avait manifestement l'intention et la connaissance nécessaires à la perpétration du meurtre. Le plan était bien défini : il était exclu que Baylee Wylie quitte vivant le 96, rue Sumac. Par surcroît, la preuve établit clairement aussi que Baylee Wylie était séquestré au 96, rue Sumac. En conséquence, de l'avis du ministère public, la preuve établit hors de tout doute raisonnable que Shephard est coupable de meurtre au premier degré et d'incendie criminel.

[112]

La défense aussi a résumé sa thèse et le juge a lu ce résumé au jury :

[TRADUCTION]

En décembre 2015, Marissa June Shephard était âgée de vingt ans, mère célibataire d'un jeune enfant, et elle souffrait de dépendance de plus en plus grave à l'égard de la drogue. Pendant un certain temps, elle a quitté le logement de la Société d'habitation du Nouveau-Brunswick qu'elle occupait au 96, rue Sumac, afin d'aller habiter avec son enfant chez ses parents, dans un logement supplémentaire intégré à leur résidence, à Riverview. Elle avait auparavant renoué avec Baylee Wylie, la victime, au

cours de l'été 2015. Les deux travaillaient comme escortes et s'appuyaient l'un l'autre. Baylee Wylie habitait en secret avec Marissa June Shephard l'unité de logement dans la résidence des parents de celle-ci, jusqu'à ce que sa mère s'en aperçoive et ordonne à Marissa June Shephard de le faire sortir ou d'elle-même déménager. Marissa June Shephard, son enfant et Baylee Wylie sont alors retournés dans l'unité de logement du 96, rue Sumac, qui était dans un état de désordre complet, après avoir été occupé par des amis de Shephard, qui avaient eux aussi des problèmes de dépendance graves à la drogue. Jusqu'à la date du décès de Baylee Wylie, il y avait un va-et-vient d'amis au 96, rue Sumac, où on allait pour consommer à la hâte des drogues. Après un certain temps, il ne restait plus que quatre personnes au logement de la rue Sumac, Marissa June Shephard, Baylee Wylie, Devin Morningstar et Tyler Noel. Le 16 décembre 2015, la mère de Marissa June Shephard est venue chercher le fils de Marissa June Shephard à la demande de celle-ci, étant donné qu'elle sombrait rapidement dans la consommation excessive de drogues. Marissa June Shephard avait subi à ce moment-là une coupure au pied après avoir marché sur de la vitre cassée. Plus tard ce jour-là, et jusque dans la soirée, des disputes ont surgi entre Baylee Wylie, d'une part, et Devin Morningstar et Tyler Noel, d'autre part, parce que Baylee Wylie disait avoir eu des relations sexuelles avec Tyler Noel au cours des jours précédents, et avec Devin Morningstar au cours des années antérieures. Ils ont continué à se bagarrer dans la chambre à l'étage, où Tyler Noel a frappé Baylee Wylie à maintes reprises, jusqu'à ce que Marissa June Shephard lance une pipe à eau, qui frappa accidentellement à la tête Baylee Wylie, qui se mit à saigner. Marissa June Shephard a quitté le 96, rue Sumac, pour répondre à deux appels de clients du service d'escorte. À son retour à l'unité pour se rafraîchir après son premier appel, tout semblait correct. Les hommes fumaient de la marijuana ensemble. Quand elle est revenue à l'unité après son second appel, Baylee Wylie avait été poignardé à maintes reprises. Prise de peur et en état de choc, elle est allée se réfugier dans sa chambre. Devin Morningstar et Tyler Noel ont poursuivi leur agression contre Baylee Wylie à l'étage du bas, et ils l'ont finalement tué. Tyler Noel et Devin Morningstar ont décidé que s'il n'y avait pas de cadavre il n'y aurait pas de crime non plus; ils ont donc mis le feu à la maison. Marissa June Shephard s'est assise au bas de l'escalier et n'a pas protesté. Une fois la maison

en flammes, elle a quitté la résidence dans la même voiture que Tyler Noel et Devin Morningstar, qui avait appelé son ami Claude LeBlanc pour qu'il vienne les conduire ailleurs. Craignant pour sa propre sécurité, elle est demeurée avec Tyler Noel et Devin Morningstar et elle a choisi de ne pas rapporter l'affaire à la police. Marissa June Shephard n'a participé ni au meurtre ni à l'incendie criminel.

[113] Comme il est facile de le constater, la substitut du procureur général n'a pas indiqué au juge dans son résumé son intention d'invoquer la phrase [TRADUCTION] « on tue personne d'autre, Tyler » comme un aveu fait sous serment par M^{me} Shephard du fait qu'elle avait participé au meurtre de Baylee Wylie. La substitut du procureur général devait savoir que l'avocat de la défense et le juge n'avaient pas remarqué son observation orale à cet égard, et l'inclure dans son résumé écrit risquait de soulever des contestations inopportunes ou de faire intervenir le juge. En effet, il ne peut y avoir qu'une seule explication au fait que la défense et le juge ont tous les deux omis de traiter cet argument susceptible de devenir un argument clé : ni l'un ni l'autre n'ont saisi son objectif central, peut-être parce qu'ils portaient leur attention au résumé écrit de la substitut du procureur général.

[114] En dernière analyse, le jury devait composer avec l'observation orale non contestée faite par la substitut du procureur général et voulant que M^{me} Shephard [TRADUCTION] « en ses propres mots [...] [se soit] incluse comme participante au meurtre de Baylee Wylie ». Ce présumé aveu traçait une voie simple vers une déclaration de culpabilité, écartant le besoin de procéder à une analyse approfondie d'éléments de preuve techniques et apparemment complexes et de leur lien avec des éléments de preuve circonstancielle afin d'en obtenir une bonne compréhension. Il offrait aussi une justification importante pour parvenir à un verdict de culpabilité pour meurtre au premier degré que, sans elle, il aurait fallu rendre sur le fondement d'une preuve par oui-dire fournie hors cour par un témoin douteux.

[115] Le caractère inapproprié et l'importance de cette observation faite par la substitut du procureur général sont indéniables, et l'omission du juge du procès de traiter

cette question primordiale constitue une erreur de droit dont l'effet a été de porter atteinte au droit constitutionnel de M^{me} Shephard à un procès équitable.

V. Conclusion et dispositif

[116] Comme nous l'avons expliqué dans l'exposé de nos motifs, le juge du procès a commis diverses erreurs de droit en donnant ses directives au jury et en permettant à celui-ci d'entendre une preuve inadmissible et hautement préjudiciable et d'en tenir compte dans ses délibérations. Il a commis une erreur de droit également en négligeant de traiter comme il se devait de le faire l'observation inappropriée faite au jury par la substitut du procureur général, selon laquelle M^{me} Shephard [TRADUCTION] « en ses propres mots [...] [s'était] incluse comme participante au meurtre de Baylee Wylie ». Cette dernière erreur, à elle seule, nous oblige à intervenir, car elle a eu pour effet de priver M^{me} Shephard d'un procès équitable, atteinte à laquelle il ne peut être remédié qu'en annulant les déclarations de culpabilité et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès. C'est en effet l'ordonnance que nous rendons.